

Peter Röing genannt Nölke

Die Rechtsstellung
des minderjährigen Geschäftsführers
bei der Geschäftsführung ohne Auftrag

1969



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555410_0040

DIE RECHTSSTELLUNG
DES MINDERJÄHRIGEN GESCHÄFTSFÜHRERS
BEI DER GESCHÄFTSFÜHRUNG OHNE AUFTRAG

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung
des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von
Peter R ö i n g genannt N ö l k e
aus Olfen in Westf.

1969

1. Berichterstatter : Professor Dr. NÖRR

2. Berichterstatter : Professor Dr. KIEFNER

Dekan : Professoer Dr. SEIDENFUS

Tag der mündlichen Prüfung : 11. Februar 1969



Meiner Schwester

Inhaltsübersicht

	Seite
A. Der Aufwendungsersatzanspruch des minderjährigen Geschäftsführers	1
§ 1 Einführung in die Problematik und der Meinungsstand	2
§ 2 Die historische Entwicklung der ungefragten Einmischung in frem- de Angelegenheiten	7
I. Die Entwicklungsgeschichte der negotiorum gestio bis zur Zeit Justinians	8
II. Der Zeitraum bis zur Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches	18
III. Das geltende Recht	22
§ 3 Der Methodengang der Untersuchung	27
§ 4 Die Deduktion aus der Gesetzes- systematik	27
I. Die Systembildung durch die Wissenschaft	34
II. Das System der vorliegenden Arbeit	47
III. Der Standort der Geschäftsführung ohne Auftrag im System	52
a) Die Geschäftsführung ohne Auf- trag und das Rechtsgeschäft	53
b) Die Geschäftsführung ohne Auf- trag und die geschäftsähnliche Handlung	63
c) Die Geschäftsführung ohne Auf- trag und der Realakt	67

	Seite
IV. Die Überprüfung an Hand der gesetzlichen Regelung	69
V. Ergebnis nach der systematischen Methode	74
§ 5 Die Problemerkörterung durch die Topik	74
I. Der Gesichtspunkt der Interessen	77
II. Der Gesichtspunkt des Minder-jährigenschutzes	82
III. Der Gesichtspunkt der Billigkeit	85
IV. Ergebnis nach der topischen Methode	88
V. Die Bedeutung des Methodenstreits	89
§ 6 Rechtsvergleichung	90
B. Die Verpflichtung des minderjährigen Geschäftsführers zum Schadensersatz	91
§ 1 Die Pflichten des geschäftsfähigen Geschäftsführers	91
§ 2 Die Pflichten des minderjährigen Geschäftsführers	92
I. Der gesetzliche Vertreter stimmt der Geschäftsführung nicht zu	92
a) Die Ansicht von Knoche	92
b) Stellungnahme	94
II. Der gesetzliche Vertreter stimmt der Geschäftsführung zu	96
a) Meinungsstand in der Literatur	97
b) Stellungnahme	99

	Seite
c) Die Gesetzesauslegung	101
d) Ergebnis	104
 C. Der Verzicht des minderjährigen Geschäfts= führers auf Aufwendungsersatz, § 685 Abs.1	
BGB	105
 § 1 Der Verzicht auf den bereits ent= standenen Aufwendungsersatzanspruch	105
 § 2 Der Verzicht auf den noch nicht ent= standenen Aufwendungsersatzanspruch	106
 I. Der Meinungsstand in der Literatur und Stellungnahme	106
 II. Die hier vertretene Auffassung	109
a) Der Minderjährigenschutz	110
b) Ergebnis	111

Literatur

- Achilles-Greiff Bürgerliches Gesetzbuch
21. Aufl. Berlin 1958
- Aristoteles Topik
übersetzt und mit Anmerkungen von
Eugen Rolfes Hamburg unveränderter
Nachdruck 1968 der 2.Aufl. von 1922
- Baring Aufwendungen, Verwendungen, Einrich-
tungen und ihr Ersatz
In: Sächsisches Archiv für Deutsches
Bürgerliches Recht, Bd. 14
S. 459-478; S. 529-549;
S. 661-677; Bd. 15 S. 30-48;
S. 133-156
- Bekker, Ernst Die Aktionen des Römischen Privat-
rechts 1. Bd. Berlin 1871
- Bermann, Gustav Die Geschäftsführung ohne Auftrag
nach Schweizerischem Obligationen=
recht,
Diss. Zürich 1968
- Berner
 Kommentar Kommentar zum Schweizerischen
Privatrecht,
5. Teilband Bern 1964
- v.Bossowski, Franz Die Abgrenzung des mandatum und der
negotiorum gestio im klassischen und
justinianischen Recht
We Lwowie 1937
- Brinkmann Verhältnis der actio communi dividundo
und der actio negotiorum zueinander
Kiel 1855
- Brox, Hans Fragen der rechtsgeschäftlichen
Privatautonomie
In: Juristenzeitung 1966 S. 761-767

- Brückmann, Arthur Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Begriff der auftragslosen Geschäftsbesorgung
In: Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches
9. Bd. Jena 1903
- Bydlinski, Franz Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes
Wien New York 1967
- Canaris, Claus-Wilh. Geschäfts- und Verschuldensfähigkeit bei Haftung aus culpa in contrahendo, Gefährdung und Aufopferung
In: Neue Juristische Wochenschrift
1964 S. 1987-1993
- Chambon, E. Die negotiorum gestio
Leipzig 1948
- Coing, Helmut Grundzüge der Rechtsphilosophie
Berlin 1950
- Cosack, Konrad Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts
1. Bd. 7. Aufl. Jena 1922
- Crome, Carl System des Deutschen Bürgerlichen Rechts 2. Bd. 2. Hälfte
Tübingen und Leipzig 1902
- Dankwardt, H. Die Negotiorum Gestio
Rostock 1855
- Dernburg, Heinrich Die Schuldverhältnisse
2. Abteilung
1. und 2. Aufl. Halle 1901
- - Pandekten
2. Bd. Obligationenrecht
7. Aufl. Berlin 1903

- Diederichsen, Uwe Auftragslose Geschäftsführung des
Minderjährigen als Problem der
juristischen Methode
In: Monatsschrift für Deutsches Recht
1964 S. 889-893
- - Topisches und systematisches Denken
in der Jurisprudenz
In: Neue Juristische Wochenschrift
1966 S. 697-705
- Dietz, Rolf Anspruchs Konkurrenz bei Vertragsver-
letzung und Delikt
Bonn und Köln 1934
- Dorn, Horst Die Übernahme der Geschäftsführung
ohne Auftrag
Diss. München 1960
- Eltzbacher Die Handlungsfähigkeit
Berlin 1903
- Endemann Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts
I. Bd. Berlin 1903
- Enneccerus-Kipp-
Wolff Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts
I. Bd. 1. und 2. Halbbd., Allgemeiner
Teil bearbeitet von Nipperdey
15. Bearbeitung Tübingen 1960
II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse
bearbeitet von Lehmann
15. Bearbeitung Tübingen 1958
- Engisch, Karl Sinn und Tragweite juristischer
Systematik
In: Studium Generale, Bd. 10 S.173-189
- Erman Handkommentar zu Bürgerlichen Recht
3. Aufl. Münster 1962
4. Aufl. Münster 1967
- Esser, Josef Schuldrecht
2. Aufl. Karlsruhe 1960
- - Grundsatz und Norm
2. Aufl. Tübingen 1964

- Esser, Josef Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung im modernen Privatrecht
In: Summum ius summa iniuria
Tübingen 1963
- Fikentscher, Wolfgang Das Schuldrecht
Berlin 1965
- Flume, Werner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 2. Bd. Das Rechtsgeschäft
Berlin-Heidelberg-New York 1965
- - Rechtsgeschäft und Privatautonomie
In: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben; Festschrift, S. 135-238
Karlsruhe 1960
- - Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten
In: Archiv für die civilistische Praxis Bd. 161 S. 52-76
- Freund, Hans Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag nach BGB unter Berücksichtigung des früheren Rechts
Diss. Breslau 1912
- Frese, B. Prokuratur und negotiorum gestio im Römischen Recht
In: Mélanges de Droit Romain dédiés à Georges Cornil I S. 235-384
Paris 1926
- Fülster, Hans Grundriß des Bürgerlichen Rechts
Bd. II 8. Aufl.
Gießen 1927
- Gernhuber, Joachim Die Billigkeit und ihr Preis
In: Summum ius summa iniuria
Tübingen 1963
- Glück, Christian.Friedrich Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld - ein Commentar
5. Teil Erlangen 1798
- Goldmann-Lilienthal Das Bürgerliche Gesetzbuch
I. Bd. 2. Aufl. Berlin 1901

- | | |
|--------------------|---|
| Gräfenkämper, Karl | Die Ansprüche des auftragslosen Geschäftsführers und ihre Voraussetzungen
Diss. Heidelberg 1915 |
| Gschnitzer, Franz | Schuldrecht Besonderer Teil und Schadensersatz Wien 1963 |
| Gurvitch, Georges | Grundzüge der Soziologie des Rechts
Neuwied 1960 |
| Hagen, Horst | Fremdnützige Selbstgefährdung im Straßenverkehr
In: Neue Juristische Wochenschrift
1966 S. 1893-1899 |
| Handwörterbuch | der Rechtswissenschaften
Herausgegeben v. Fritz Stier-Somlo
und Alexander Elster III. Bd.
Berlin und Leipzig 1928 |
| Hartmann, Nicolai | Diesseits vom Idealismus und Realismus
In: Kantstudien, 29. Bd. S. 160-206
Berlin 1924 |
| Heck, Philipp | Grundriß des Schuldrechts
Tübingen 1929 |
| Hellmann | Zur Lehre von der Willenserklärung nach bürgerlichem Rechte
In: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, Bd. 42 S. 413-458
Jena 1901 |
| Henkel, Heinrich | Einführung in die Rechtsphilosophie
München und Berlin 1964 |
| Henle, Rudolf | Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts
II Schuldrecht
Rostock 1934 |
| Herrfahrdt, Heinr. | Lücken im Recht
Diss. Bonn 1915 |
| v.Hippel, Fritz | Das Problem der rechtsgeschäftlichen Autonomie Tübingen 1936 |

- | | |
|--------------------|--|
| Isay, Hermann | Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich Jena 1900 |
| Isensee, Otto | Der Einfluß des Irrtums auf die Verbindlichkeiten aus der Geschäftsführung ohne Auftrag
Diss. Göttingen 1933 |
| Jellinek, Georg | System der subjektiven öffentlichen Rechte
2. Aufl. Tübingen 1919 |
| v. Jhering, Rudolf | Geist des römischen Rechts
3. Teil Leipzig 1888 |
| - - | Der Kampf um's Recht
13. Aufl. Wien 1897 |
| Jörs-Kunkel-Wenger | Römisches Recht
3. Aufl.
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949 |
| Jung, Erich | Bürgerliches Recht
In: Staumler, Das gesamte Deutsche Recht 1. Bd.
Berlin 1931 |
| Karlowa, Otto | Römische Rechtsgeschichte II. Bd.
Leipzig 1901 |
| Kaser, Max | Das Römische Privatrecht I
München 1955 |
| - - | Zur Methode der römischen Rechtsfindung
In: Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen
Nr. 2 Jahrgang 1962 |
| Kaufmann, Ekkehard | Aequitatis iudicium
Frankfurt 1959 |
| Klein, Peter | Die Rechtshandlungen im engeren Sinne
In: Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß, 25. Bd.
München 1912 |

- Knoche, Hansjürgen Minderjährige als Geschäftsführer
ohne Auftrag
In: Monatsschrift für Deutsches
Recht 1964 S. 193-195
- Kohler, J. Die Menschenhülfe im Privatrecht
In: Jherings Jahrbücher für die
Dogmatik des Bürgerlichen
Rechts, 25. Bd. S. 1-141
Jena 1887
- Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Ge=
setzbuch 2. Bd. 2. Halbband
Herausgegeben von Klang, Gschnitzer
Wien 1934
IV. Bd. 1. Halbband 2. Aufl. Wien 1968
- zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch
Obligationenrecht, II. Abteilung
Bern 1934
- Kreller, Hans Das Edikt de negotiis gestis
In: Festschrift für Paul Koschaker
II. Bd. Weimar 1939
- Kreß, Hugo Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts
München und Berlin 1934
- Kriele, Martin Theorie der Rechtsgewinnung
In: Schriften zum Öffentlichen Recht
Bd. 41 Berlin 1967
- Kuhn, Gustav Grundrechte und Minderjährigkeit
Berlin 1965
- Lange, Heinrich BGB Allgemeiner Teil
10. Aufl. München 1966
- Lasker, Franz Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach
dem Bürgerlichen Gesetzbuch
Diss. Erlangen 1901
- Larenz, Karl Allgemeiner Teil des Deutschen Bürger=
lichen Rechts
München 1967

- | | |
|-------------------------|---|
| Larenz, Karl | Lehrbuch des Schuldrechts
I. Bd. Allgemeiner Teil
9. Aufl. München 1968 |
| | II. Bd. Besonderer Teil
8. Aufl. München 1968 |
| - - | Methodenlehre der Rechtswissenschaft
Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960 |
| Lent, Friedrich | Der Begriff der auftragslosen Geschäftsführung Leipzig 1909 |
| Lehmann-Hübner | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches
15. Aufl. Berlin 1966 |
| Leonhard, Franz | Das Schuldrecht des BGB
2. Bd. München und Leipzig 1931 |
| Loewenwarter,
Viktor | Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
3. Bd. Berlin 1928 |
| Luther, Gerhard | Ehemündigkeit, Volljährigkeit, Strafmündigkeit
Berlin-Spandau 1961 |
| Malinski, Josef | Die Geschäftsführung ohne Auftrag und die Haftung des auftragslosen Geschäftsführers in den Fällen der §§ 677 bis 680 des Bürgerlichen Gesetzbuches
Diss. Rostock 1916 |
| Manigk, Alfred | Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte
In: Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts, 5. Heft
Breslau 1901 |
| - - | Willenserklärung und Willensgeschäft
Berlin 1907 |
| - - | Das rechtswirksame Verhalten
Berlin 1939 |
| Matthias, Bernhard | Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts
7. Aufl. Berlin 1914 |

- Medicus, Dieter Bürgerliches Recht
Köln Berlin Bonn München 1968
- Moesch, Hans Die Voraussetzungen der Ansprüche
des Geschäftsführers ohne Auftrag
gegen den Geschäftsherrn und die
Ansprüche selbst
Diss. Greifswald 1915
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen
Gesetzbuches für das Deutsche Reich
Bd. I und Bd. II
Amtl. Ausgabe Berlin und Leipzig 1888
- Oertmann, Paul Recht der Schuldverhältnisse
2. Bd. 5. Aufl. Berlin 1929
- Ogonowski Die Geschäftsführung ohne Auftrag
nach österreichischem Rechte
Lemberg 1877
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch
27. Aufl. München Berlin 1967
- Partsch, Josef Studien zur Negotiorum Gestio I
Heidelberg 1913
- - Das Dogma des Synallagma im römi=
schen und byzantinischen Recht
In: Aus nachgelassenen und kleineren
verstreuten Schriften
Berlin 1931
- Pauly-Wissowa Real-Encyclopädie der classischen
Altertumswissenschaften
Supplementband VII Stuttgart 1940
- Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz=
buch II. Bd. Recht der Schuldver=
hältnisse 4. Aufl.
Berlin und Leipzig 1928
- Pringsheim, Fritz Animus donandi
In: Zeitschrift der Savigny-Stiftung
für Rechtsgeschichte - Romani=
stische Abteilung Bd. 42 S.273-327
Weimar 1921

- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung
des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetz=
buches Bd. II
Berlin 1898
- Pürschel,
Georg Ernst Die Rechtsnatur der Geschäftsführung
ohne Auftrag
Diss. Marburg 1928
- Rabel, Ernst Negotium Alienum und Animus
In: Studi in Onore di Pietro
Bonfate IV S. 279-304
Milano 1930
- Radbruch, Gustav Rechtsphilosophie
3. Aufl. Leipzig 1932
- Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und
Handelsrecht des In- und Auslandes
Herausgegeben v. Franz Schlegel=
berger 3. Bd.
Berlin 1931
- Rehbein, H. Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Er=
läuterungen Allgemeiner Teil
Berlin 1899
- Reichsgerichtsräte- Das Bürgerliche Gesetzbuch unter
Kommentar besonderer Berücksichtigung der
Rechtsprechung des Reichsgerichts
und des Bundesgerichtshofs
11. Aufl. Berlin 1959
- Reuter, Dieter Kindesgrundrechte und elterliche
Gewalt
Berlin 1968
- Riccobono, Salvatore Dal diritto romano classico al diritto
moderno
In: Annali del Seminario Giuridico
della Università di Palermo
Volumi III-IV S. 165-708
Palermo 1917
- Rosenthal, Heinrich Bürgerliches Gesetzbuch
15. Aufl.
Köln Berlin Bonn München 1965

- Ruhstrat Beiträge zu der Lehre von der
Negotiorum Gestio
In: Archiv für die zivilistische
Praxis S. 173-199 Bd. 32
Heidelberg 1849
- Salomon, Max Grundlegung zur Rechtsphilosophie
2. Aufl. Basel 1925
- v. Savigny,
Friedrich Carl System des heutigen Römischen Rechts
1. Bd. Berlin 1840
- Scherer, M. Bürgerliches Gesetzbuch Bd. 2
Erlangen 1899
- Schlossmann,
Siegmond Der Vertrag
Leipzig 1876
- Schmidt, Günther Die Bedeutung des Willensmoments
bei der auftragslosen Geschäfts=
führung
Diss. Göttingen 1931
- Schulien, Peter Anm. zum Urteil des LG Aachen
vom 25.4.1963
In: Neue Juristische Wochenschrift
1963 S. 1878, 1879
- Schulz, Fritz Nachklassische Quaestiones in den
justinianischen Reformgesetzen des
Codex Justinianus
In: Zeitschrift der Savigny-Stiftung
für Rechtsgeschichte- Romanistische
Abteilung S. 212-248 Bd. 50
Weimar 1930
- Seiler, Hans
Hermann Der Tatbestand der Negotiorum Gestio
im Römischen Recht
In: Forschungen zum Römischen Recht
25. Abhandlung
Köln Graz 1968 .
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch I. Bd.
10. Aufl. Stuttgart 1967
II. Bd. 9. Aufl. Stuttgart 1962

- Staudinger** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
I. Bd. Allgemeiner Teil
11. Aufl. Berlin 1957
II. Bd. 3. Teil, Recht der Schuldver-
hältnisse
11. Aufl. Berlin 1958
- Sturm, August** Die Lehre von der Geschäftsführung
ohne Auftrag
Berlin 1897
- - Das negotium utiliter gestum
Weimar 1878
- Swoboda, Ernst** Bereicherung, Geschäftsführung ohne
Auftrag, versio in rem
Wien Leipzig 1919
- Türke,
Niedenführ,
Winter** Das Bürgerliche Recht
I. Bd.
3. Aufl. Berlin 1911
- v. Tuhr** Der Allgemeine Teil des Deutschen
Bürgerlichen Rechts
2. Bd. 1. Hälfte
München u. Leipzig 1914
- Vangerow, Karl** Lehrbuch der Pandekten
3. Bd. 6. Aufl.
Marburg und Leipzig 1863
- Viehweg, Theodor** Topik und Jurisprudenz
3. Aufl. München 1965
- Wächter** Beiträge zur Lehre der Negotiorum
Gestio
In: Archiv für zivilistische Praxis
S. 337- 361 Bd. 20
Heidelberg 1837
- Wellmann, Richard** Der Aufwendungsersatz des Geschäfts-
führers ohne Auftrag in der Recht=
sprechung der anglo-amerikanischen
Gerichte
Berlin 1959

- | | |
|----------------------|---|
| Wieacker, Franz | Vom Römischen Recht
2. Aufl. Stuttgart 1961 |
| Windscheid, Bernhard | Lehrbuch des Pandektenrechts
2. Bd. Düsseldorf 1865 |
| Windscheid-Kipp | Lehrbuch des Pandektenrechts
3. Bd. 9. Aufl.
Frankfurt a. Main 1906 |
| Witte, Hermann | Die Bereicherungsklagen des
gemeinen Rechts
Halle 1859 |
| Wlassak, Moritz | Zur Geschichte der negotiorum gestio
Jena 1879 |
| Zimmermann, Ernst | Aechte und unächte negotiorum gestio
Gießen 1872 |
| Zippelius, Reinhold | Das Wesen des Rechts
München 1965 |

Abkürzungsverzeichnis

ACP	Archiv für die zivilistische Praxis
Diss.	Dissertation
h.M.	herrschende Meinung
HRH	Höchststrichterliche Rechtsprechung
Jherings J	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts
JZ	Juristenzeitung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mot	Motive zu dem Entwurfe eines Bürger= lichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Prot	Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs des Bürger= lichen Gesetzbuches
RE	Real-Encyclopädie der Classischen Altertumswissenschaften
RGZ	amtliche Sammlung der Reichsgerichts= rechtsprechung in Zivilsachen
RGRK	Reichsgerichtsräte-Kommentar
Rvgl HWB	Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht
Sächs. Arch.	Sächsisches Archiv für Deutsches Bürgerliches Recht
SchweizOR	Schweizerisches Obligationenrecht
ZSS	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Romanistische Abteilung

A. Der Aufwendungsersatzanspruch des minderjährigen
Geschäftsführers

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der Rechtsstellung des Minderjährigen bei der Geschäftsführung ohne Auftrag. Die hiermit verbundenen Fragen haben die Wissenschaft seit Schaffung des BGB beschäftigt; gleichwohl hat sie noch keine befriedigende Antwort gegeben. Die Gegensätzlichkeit der Auffassungen hat sich im Laufe der Jahre nicht wesentlich gewandelt. Lediglich der Grad der Intensität, mit der man sich um die umstrittenen Fragen bemühte, hat Schwankungen unterlegen. War die Zeit vor dem Zweiten Weltkrieg durch eine breit angelegte Diskussion gekennzeichnet, so verstummte diese nach Beendigung des letzten Krieges nahezu vollständig. Erst die sechziger Jahre bescherten dem fast vergessenen Problem eine Renaissance.

Der Grund für die unterschiedliche Behandlung im Laufe der Zeit ist darin zu sehen, daß die Periode vom Inkrafttreten des BGB bis zum Zweiten Weltkrieg noch stark vom Streit um die Lehre von den Rechtshandlungen bestimmt wurde; dabei sah man das Problem der Minderjährigenbehandlung als Teil dieses großen Streitkomplexes an. Obwohl dieser Streit zu keinem befriedigenden Abschluß führte, ist die Diskussion nach dem Kriege zunächst nicht wieder aufgenommen worden. Als aber im Jahre 1963 der soweit ersichtlich erste praktische Fall dieses bislang rein akademisch behandelten Streitstoffes vor einem deutschen Gericht entschieden wurde ¹⁾, kam die Diskussion erneut in Gang ²⁾. Hierbei fällt eine Besonderheit sofort auf. Sah man früher den hier zu behan-

1) LG Aachen, Urt. v. 25.4.1963, in NJW 1963, S.1252 .

2) Teilweise wurde daraufhin die Auffassung gegenüber Voraufgabe geändert; so Larenz ab der 6. Aufl. Schuldrecht II, § 53; Erman-Hauß, § 682, Anm. 2.

delnden Fragenkomplex als Teil des größeren rechtsdogmatischen Streites um die Lehre von den Rechtshandlungen, so wird heute mehr der einzelne Fall erörtert und dafür eine billige Lösung gesucht. ³⁾ Inwieweit dies eine Tendenz der heutigen Rechtswissenschaft ist, soll hier nicht näher untersucht werden.

§ 1 Einführung in die Problematik
 und der Meinungsstand

Zur Einführung in die hier zu behandelnden Fragen sei zunächst der Sachverhalt des oben erwähnten Urteils vorge-
tragen ⁴⁾: Ein 15jähriger Schüler war an einem schulfreien
Nachmittag durch die am selben Tage erst zerbrochene Schei-
be einer abgeschlossenen Glastüre in ein Schulgebäude einge-
stiegen, um einen laufenden Wasserhahn zuzudrehen. Dabei
hatte er sich erheblich verletzt. Sein Vater hatte dieses
Verhalten nicht - auch nicht nachträglich - gebilligt.

Die Frage lautet nunmehr : Kann der Minderjährige
- auf § 683 BGB gestützt - Ersatz der Heilaufwendungen ver-
langen? Das Gericht verneinte dies; die Klage wurde als
unbegründet abgewiesen.

Bevor näher auf die Argumentation des Gerichts einge-
gangen wird, soll zunächst der Meinungsstand in der Lite-
ratur zu diesem Problem aufgezeigt werden.

3) Flume, Allgemeiner Teil II, § 13 11e "sachgerecht";
Erman-Hauß, (4. Aufl.), § 682, Anm.2 "sinnvoll";
Larenz II (7.Aufl.) § 53 I a "Lebenswirklichkeit";
Diederichsen in MDR 1964, S. 891 "lebensnahe Rechts-
vorstellungen".

4) Der folgende Sachverhalt gibt ein Problem wieder, dessen
Lösung schwierig ist. Die Arbeit wird sich zunächst
hiermit beschäftigen. Später sind noch zwei weitere
Problemkreise zu behandeln : a) Welche Pflichten hat der
Minderjährige, wenn entweder sein gesetzlicher Vertreter
die Geschäftsführung genehmigt oder aber diese verwei-
gert; b) kann der Minderjährige auf seine Rechte aus
der Geschäftsführung ohne Auftrag verzichten, ohne daß
der gesetzliche Vertreter mitwirkt ?

In der älteren Literatur würde der überwiegende Teil unseren Richterspruch im Ergebnis unterstützen⁵⁾; gleichwohl stände dem eine beachtliche Mindermeinung gegenüber, die das Urteil ablehnen würde⁶⁾. Dieses Kräfteverhältnis besteht im wesentlichen auch in der neueren Literatur. Die h.M.⁷⁾ folgt dem Urteil im Ergebnis; eine stärker werdende Gegenmeinung lehnt es ab⁸⁾. Dabei muß sogleich gesagt werden, daß die aufgereihten Zitatenspalten letztlich trügen. Ein Großteil der Mindermeinung müßte nämlich, wenn sie ihren Ausgangspunkt konsequent verfolgen würde, zu dem Ergebnis der h.M. gelangen. Dies wird zu gegebener Zeit näher ausgeführt.

-
- 5) Baring, Sächs. Arch. Bd. 14, S. 538; Endemann, Lehrbuch I, § 178 Fußnote 3; Heck, Schuldrecht, § 120, 6c; Hellmann Jherings J Bd. 42, S. 441; Henle, Lehrbuch II, § 21 III; Isensee, Diss., S. 30; Kreß, Lehrbuch des Bes. Schuldrechts, § 361 B c; Lent, Der Begriff ..., S. 52; Matthiaß, Lehrbuch, § 138 I B 4; Planck, § 682, Anm. 1; Rehbein I, S. 104; Scherer II, § 682; Sturm, Die Lehre ..., S. 33.
 - 6) Goldmann-Lilienthal (2. Aufl.) I, § 188 II, S. 708; Isay, Geschäftsführung ..., S. 105; Klein, Die Rechtshandlungen, S. 90; Kohler, Lehrbuch II, § 165 I 2; Loewenwarter III, § 682; Manigk, Willenserklärung ..., S. 688; Oertmann, § 682, Anm. 1; Pürschel, Diss., S. 38; Türke-Niedenführ-Winter, I, § 682; v. Tuhr II 1, S. 112, Fußnote 59.
 - 7) Erman-Hauß, bis zur 4. Aufl., § 682, Anm. 1; Esser, (2. Aufl.) § 183, 5b; Fikentscher, Schuldrecht, § 83 I 2; Hagen, NJW 1966, S. 1895; Larenz, Schuldrecht II, bis zur 5. Aufl., § 53 a; Enneccerus-Lehmann, § 165 V; Lehmann-Hübner, Allg. Teil, § 38 III; Palandt-Gramm, § 682, Anm. 1; Rosenthal-Bohnenberg, § 682, Anm. 1; Soergel-Erdsiek-Mühl, § 682, Anm. 1; Staudinger-Nipperdey, § 682, Rdnr. 1.
 - 8) Canaris, NJW 1964, S. 1988 ff.; Diderichsen, MDR 1964, S. 891; Dorn, Diss., S. 47; Erman-Hauß, 4. Aufl., § 682, Anm. 2; Flume, a.a.O., § 13 II e; Knoche, MDR 1964, S. 195; Larenz II, § 53, Ia S. 272 ab 5. Aufl.; RGRK, Denecke, § 682, Anm. 3; RGRK, Krüger-Nieland, § 107, Anm. 8; Schullen, NJW 1963, S. 1879; Staudinger-Coing, § 107, Anm. 9.

Die h.M. in der jüngeren wie auch in der älteren Literatur sowie das angeführte Urteil begründen das Ergebnis im wesentlichen aus der Rechtsnatur der Geschäftsführung ohne Auftrag ⁹⁾. Danach sei die Rechtsnatur der Geschäftsführung ohne Auftrag die sogen. rechtsgeschäftsähnliche oder, wie häufiger formuliert wird, die geschäftsähnliche Handlung ¹⁰⁾; geschäftsähnliche Handlungen würden grundsätzlich analog den Rechtsgeschäften behandelt.

Von diesem Ausgangspunkt kommt die h.M. zwangsläufig zur Anwendung der Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit, §§ 104 ff. BGB; denn die grundsätzlich analoge Anwendung von "rechtsgeschäftlichen" Normengruppen auf geschäftsähnliche Handlungen wird in Fragen der Geschäftsfähigkeit konsequent durchgeführt. ¹¹⁾ Da im vorliegenden Fall der Minderjährige ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hatte, und das Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht lediglich rechtliche Vorteile für den minderjährigen Geschäftsführer mit sich bringt ¹²⁾, § 107 BGB, liegt nach dieser Auffassung keine Geschäftsführung ohne Auftrag vor; somit hat der Minderjährige auch keinen Aufwendungsersatzanspruch nach § 683 S.1 BGB.

Die Gegenmeinung würde dem minderjährigen Geschäftsführer in dem oben wiedergegebenen Fall einen Aufwendungsersatzanspruch nach § 683 S. 1 BGB zubilligen. Dabei lassen sich aber die Auffassungen der Gegenmeinung nicht auf einen gemeinsamen Ausgangspunkt bringen. Während ein Teil, wie die h.M., auf einem rechtsdogmatischen Lösungsweg vorgeht,

-
- 9) Siehe die oben angeführte Literatur : als repräsentatives Beispiel Fikentscher, a.a.O., S. 83 I 2; LG Aachen a.a.O., S. 1253
- 10) Eine Ausnahme bildet Esser, a.a.O., S.183 5, der die Geschäftsführung ohne Auftrag als einen sogenannten Realakt ansieht; dazu später Näheres.
- 11) Erman-Westermann, vor § 104, Anm. 2.
- 12) u.a. die Pflichten der §§ 666 und 667, 668 BGB.

verzichtet ein anderer Teil auf eine dogmatische Methode und versucht die Lösung auf interessenbewertende Weise zu finden.

Bei den Dogmatikern müssen wiederum drei Richtungen unterschieden werden. Die erste folgt der h.M. insoweit, als sie das Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag von seiner Rechtsnatur her als geschäftsähnliche Handlung bestimmt ¹³⁾. Diese Auffassung prüft aber die Anwendung der Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit jedesmal in bezug auf die einzelnen aus der Geschäftsführung ohne Auftrag fließenden Rechte und Pflichten. Da der Anwendungsersatzanspruch, § 683 S. 1 BGB, "lediglich einen rechtlichen Vorteil", § 107 BGB, für den Minderjährigen bedeutet, hat er hiernach einen Ersatzanspruch. Die zweite Richtung ¹⁴⁾ sieht in der Geschäftsführung ohne Auftrag einen sogen. Realakt. Da nach allgemeiner Auffassung ¹⁵⁾ eine analoge Übertragung von "rechtsgeschäftlichen" Normengruppen auf Realakte nicht möglich ist, besteht für diese Richtung nicht die "Sperrung" der §§ 104 ff. BGB. Da die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) den Erwerb von Aufwendungsersatzansprüchen durch einen minderjährigen Geschäftsführer nicht ausdrücklich ausschließen, und nach dieser Auffassung der § 682 BGB ¹⁶⁾ lediglich die Pflichten des minderjährigen Geschäftsführers vermindert ¹⁷⁾, ohne aber seine Rechte zu beschränken, kommt sie zur Bejahung eines Ersatzanspruchs.

13) RGRK, Krüger-Nieland, § 107, Anm.8; RGRK, Denecke, vor §§ 677 ff., Anm.1; Dorn, Diss., S. 54 f.

14) v. Tuhr II 1, S. 110 (112).

15) Erman-Westermann, Einl. § 104, Anm.1; Klein, Die Rechtshandlungen, S.42.

16) § 682 BGB: "Ist der Geschäftsführer geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist er nur nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen und über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verantwortlich."

17) v. Tuhr II 1, S. 112 FN 59 .

Die dritte Richtung unter den Dogmatikern lehnt die Einteilungskategorien der geschäftsähnlichen Handlung und des Realaktes als unbrauchbar ab ¹⁸⁾. Danach müsse man die rechtmäßigen juristischen Handlungen in zwei Gruppen einteilen; bei der einen würden die Rechtsfolgen ex voluntate, bei der anderen ex lege eintreten ¹⁹⁾. Dies seien auf der einen Seite die Rechtsgeschäfte und auf der anderen die Rechtshandlungen im engeren Sinne. Da die Rechtsfolgen der Geschäftsführung ohne Auftrag ex lege eintreten würden, sei dieses Rechtsinstitut in seiner Rechtsnatur eine Rechtshandlung im engeren Sinne ²⁰⁾. Eine entsprechende Anwendung von rechtsgeschäftlichen Normengruppen auf Rechtshandlungen im engeren Sinne ist nach dieser Auffassung nicht ausgeschlossen; sie ist abhängig von Bewertungen, die für jede Normengruppe jeweils gesondert getroffen werden. Im vorliegenden Ausgangsfall geht es um die Anwendung der Normen über die rechtsgeschäftliche Handlungsfähigkeit (§§ 104 ff BGB). Diese Vorschriften sind nach der vor allem von Manigk vertretenen Ansicht dann anzuwenden, wenn Rechtshandlungen im engeren Sinne im Rahmen eines Rechtsgeschäftes, also bei seiner Begründung oder Abwicklung, vorkommen ²¹⁾. Da die Geschäftsführung ohne Auftrag nicht im Rahmen eines Rechtsgeschäftes erfolge, sondern ein selbständiges Institut sei, ist nach dieser Auffassung für eine Analogie der Normen über die Geschäftsfähigkeit kein Raum. Da § 682 BGB nur die Pflichten des minderjährigen Geschäftsführers begrenze ²²⁾, hat er hiernach einen Aufwendungsersatzanspruch, § 683 S. 1 BGB.

18) Manigk, Rechtswirksame Verhalten, S. 474 ff.

19) Manigk, Das Anwendungsgebiet .., S. 187;
Klein, a.a.O., S. 26 ff.

20) Fürschel, Diss. S. 28.

21) Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, S. 476

22) Klein, Rechtshandlungen, S. 90.

Widerspruch erfährt die h.M. sodann bei einigen Autoren, die ihre Auffassung nicht durch dogmatische Beweisführungen gewinnt. Sie gewähren dem minderjährigen Geschäftsführer den Aufwendungsersatzanspruch nach einer Bewertung der beteiligten Interessen. Danach müsse das Ergebnis einer "lebensnahen Rechtsvorstellung²³⁾" beziehungsweise der "Lebenswirklichkeit²⁴⁾" entsprechen; dabei müsse der "Gedanke des Minderjährigenschutzes²⁵⁾" beachtet werden, um ein "sachgerechtes²⁶⁾" Ergebnis zu finden, das den minderjährigen Geschäftsführer nicht "ungünstiger²⁷⁾" stellen darf, als einen Volljährigen in vergleichbarer Situation.

§ 2

Die historische Entwicklung
der ungefragten Einmischung
in fremde Angelegenheiten

Bevor die aufgezeigte Problematik nach geltendem Recht diskutiert wird, soll zunächst der historische Hintergrund der Geschäftsführung ohne Auftrag beleuchtet werden. Dabei bleibt zunächst die Minderjährigkeit des Geschäftsführers außer Betracht; zumal hierzu rechtshistorisches Material nicht vorhanden ist. Fragen zur Minderjährigkeit sah man im Anschluß an ein Rescript des Antonius Pius lediglich bei der Person des dominus negotii. Es wird daher die Geschäftsführung voll handlungsfähiger Personen untersucht, wobei insbesondere der dogmatisch-systematische Standort des Instituts im Laufe der Rechtsentwicklung markiert werden soll.

23) Diederichsen in MDR 1964, S. 891.

24) Larenz, Schuldrecht II (7. Aufl.), § 53 I a., S. 272.

25) Larenz, a.a.O., § 53 I a, S. 272.

26) Flume, Rechtsgeschäft, § 13 11 e .

27) Schulien, NJW 1963, S. 1879.

Da die historische Wurzel der Geschäftsführung ohne Auftrag bei der römischen negotiorum gestio liegt, ist die römische Rechtsordnung die historische Einstiegstelle.

Die Beschäftigung mit diesem Recht ohne aktuellen Geltungsanspruch konnte aber als "brotlose Schöngeisterei" erscheinen. Dem ist entgegenzuhalten, daß ein Herauslösen der Geschäftsführungsproblematik aus dem Brennpunkt der geltenden Gesetzesregelung, "die ein Fehlerstrich des Gesetzgebers zu Makulatur machen kann", zum einen den Weg zu einer Phänomenologie oder Topologie der anstehenden Fragen öffnet, die den historischen Rechtsstoff transzendieren²⁸⁾, zum anderen gibt die Kenntnis der historischen Entwicklung eines Rechtsinstitutes ein besseres Problemverständnis²⁹⁾.

I. Die Entwicklungsgeschichte der negotiorum gestio bis zur Zeit Justinians

Die Anfänge der negotiorum gestio liegen im Dunklen. Von den zahlreichen Streitpunkten und Spekulationen, die sich um die Entstehungsgeschichte der negotiorum gestio gerankt haben, hat sich heute weitgehend die Auffassung durchgesetzt, daß sie ursprünglich einen speziellen³⁰⁾ Anwendungsbereich hatte und prätorischen Ursprungs war³¹⁾.

28) Wieacker, Vom Römischen Recht, S. 303; Salomon, Grundlegung der Rechtsphilosophie, S. 26 ff.

29) Wieacker, a.a.O., S. 303.

30) Partsch, Studien zur Negotiorum Gestio, S. 32. Einer der frühesten Anwendungsbereiche der negotiorum gestio war die Prozeßvertretung, Seiler, Der Tatbestand der Negotiorum Gestio im Römischen Recht, S. 47; Wlassak, Zur Geschichte der negotiorum gestio, S. 57.

31) Partsch, a.a.O., S. 28; Brückmann, Die Rechte des Geschäftsführers ..., S. 3; Rabel, Negotium Alienum und Animus, S. 282 f.; Jörs-Kunkel, Römisches Recht, § 154; Seiler, a.a.O., S. 322; Zimmermann, Aechte und unächte negotiorum gestio § 2; Chambon, Die negotiorum gestio, S. 1 ff; Wlassak, a.a.O., S. 21 f; Allerdings str., teilweise wurde das jus civile als Ursprung angesehen,

Erst allmählich sei neben dem prätorischen iudicium mit speziellem Anwendungsbereich ein zivilrechtliches, allgemein gefaßtes iudicium entstanden ³²⁾.

Bevor der Entwicklungsgang dieses Rechtsinstitutes verfolgt wird, muß das zaghafte Entstehen der negotiorum gestio näher gewürdigt werden. Steht man hiermit vor einer rechts=historischen Zufälligkeit, die keiner Erklärung bedarf, oder liegt in dem behutsamen Eintritt der negotiorum gestio in die römische Rechtsordnung ein Grundproblem dieses Rechts=institutes verborgen ?

Dies könnte beantwortet werden, wenn man die Beweg=gründe kennt, die das römische Recht bei der Schaffung der negotiorum gestio leiteten; das ist jedoch nicht bekannt und muß daher rekonstruiert werden. Auszugehen ist von dem Sachverhalt, der einer negotiorum gestio zugrunde liegt. Dieser ist für eine Rechtsordnung, auf eine einfache Formel gebracht, ein Eingriff in fremde Rechtsbereiche. Die Be=wertung dieses sozialen Sachverhaltes kann sich theoretisch zwischen höchstem Lob und schroffer Ablehnung bewegen ³³⁾.

Es soll hier der Entwicklung vorgegriffen werden, und ein kurzer Blick in die allgemeine Rechtsgeschichte geworfen werden; es zeigt sich, daß dem theoretisch aufgezeigten Urteilsraum ein Korrelat in praxi zur Seite steht : Dem Eindringling steht der wohlmeinende Freund gegenüber; culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti auf der einen

Fortsetzung der Fußnote 31) von Seite 8

Glück, Pandecten Teil V, S. 320; Kreller, Das Edikt de negotiis gestis, S. 207 ff.

32) Kaser, Das Römische Privatrecht I § 137 I; Jörs-Kunkel, a.a.O., § 154 1; Seiler, a.a.O., S. 322; a.A. Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II S. 668 ff.

33) Für diese Extrempositionen siehe Literaturhinweise bei Frese, Prokuratur und negotiorum gestio im Römischen Recht, S. 370.

Seite ³⁴⁾; Die Rechtspflicht im mosaisch-rabbinischen Civilrecht, den anderen vor drohendem Schaden möglichst zu bewahren ³⁵⁾, auf der anderen. Aber auch diejenigen Rechte ³⁶⁾ und Autoren ³⁷⁾, die in weniger schroffen Gegensätzen denken, gehen von einem Normaltypus des gestors aus, der unterschiedlich gesehen und gewertet wird ³⁸⁾.

Begegnen wir wankelmütigen Rechtsordnungen und Autoren ? Dies muß verneint werden. Der Wert der Einmischung in fremde Angelegenheiten und die Beurteilung dieses sozialen Sachverhaltes sind nicht von juristischen Kriterien abhängig; es handelt sich hierbei um vorrechtliche Wertungen, an die eine Rechtsordnung anzuknüpfen hat. Eine Gesellschaft, die in der Eigenverantwortlichkeit des Einzelnen den höchsten Wert sieht, wird in ihrer Rechtsordnung diesen Wert dadurch stützen, daß sie ungefragten Eingriffen grundsätzlich ablehnend gegenübersteht. Die Gesellschaft kann sich auch auf den entgegengesetzten Standpunkt stellen und in einem ungefragten Eingriff unter bestimmten Voraussetzungen eine wertvolle

34) fr. D. 50, 17, 36.

35) Fassel, Das mosaisch-rabbinische Civil Recht I, S. 194f., zitiert bei Kohler in Jherings Jahrb. 25. Bd. S. 1 .

36) Das preußische allg. Landrecht schreibt in I, 13 § 228 als Grundsatz vor: "In der Regel ist niemand befugt, sich in die Geschäfte eines anderen, ohne dessen Auftrag oder ein anderes besonderes durch ausdrückliche Gesetze ihm beigelegtes Recht zu mischen." Ähnlich Österr. Gesetzbuch § 1035 .

37) Kohler, a.a.O., S. 41, sieht in dem Handeln des gestors "eine sehr begehrenswerte, eine sehr unterstützungs- und förderungswerte Menschenhilfe."

38) In den Protokollen kann man die gleichen Wertungsschwankungen feststellen. Während eine Seite den Schwerpunkt darin sah, daß "eine ethische und im volkswirtschaftlichen Sinne gebotene Pflicht" erfüllt werde, Prot. II, S. 731, betonte eine andere "die Gemeingefährlichkeit der Besorgung fremder Geschäfte", Prot. II, S. 732. Die Mehrheit schloß sich weder dem einen noch dem anderen Gesichtspunkt an, Prot. II, S. 733.

Handlung sehen, weil sie von der Integration des Einzelnen im Ganzen ausgeht 39).

Damit steht zunächst fest, daß die Vielgestaltigkeit der Meinungen bei der prinzipiellen Bewertung einer ungefragten Einmischung in fremde Angelegenheiten nicht nur juristische, sondern auch vorrechtliche Gründe hat. Die Untersuchung muß daher zunächst in einen vorrechtlichen Bereich verlagert werden. Dabei ist zu klären, wovon die vorrechtliche Wertung abhängig ist.

Die Suche nach den Grundlagen einer Wertung führt uns zu dem Problem des Wertes und der Hierarchie der Werte im Verhältnis zueinander. Damit ist man bei der gesollten Zweckidee des Rechts und somit im Bereich der Ethik. Kann uns aber die Ethik mit Eindeutigkeit ein höchstes sittliches Gut offenbaren, dem wir mit Unbedingtheit zuzustreben hätten? Wenn ja, dann wäre nur eine vorrechtliche Wertung richtig: Entweder wäre der Normaltypus des gestors grundsätzlich ein Freund oder aber grundsätzlich ein Eindringling 40).

Die Ethik kann uns nicht den letztlich größten Wert zeigen; sie kann nur, wie Gustav Radbruch 41) gezeigt hat, Wertsysteme zur grundsätzlichen Auswahl stellen, die für sich betrachtet einen hierarchischen Aufbau erlauben, jedoch im Verhältnis der Systeme zueinander keine Abstufung zulassen.

39) Es werden hier idealtypische Verhaltensweisen hervorgehoben, d.h. verstärkte Betonung essentieller Charakteristika bei gleichzeitig bewußter Vernachlässigung gemeinsamer Akzidenzen.

40) In diesem vorrechtlichen Bereich sind Rechtskategorien wie Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit noch nicht denkbar: denn es geht zunächst um die Grundwertung, ob die ungefragte Einmischung, unabhängig von ihren späteren Auswirkungen, als solche positiv oder negativ zu bewerten ist.

41) Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 50 ff.

Welche Wertsysteme stehen für unseren vorrechtlichen Sachverhalt zur Verfügung ? Beteiligt und betroffen ist zum einen der dominus negotii, zum anderen der gestor. Wertungs= hintergrund sind daher ihre Interessen. Der dominus betont primär die Souveränität im Eigenbereich, mag er auch in Ausnahmefällen ein Interesse am Eingriff haben; der gestor kann dagegen auf die soziale Verbundenheit der Menschen verweisen, die eine starre Abgrenzung nach Eigenbereichen nicht zuläßt, mit anderen Worten : Wir haben die Auswahl zwischen einem individualistischen ⁴²⁾ beziehungsweise interindividualistischen ⁴³⁾ Wertsystem (Individualprinzip) und einem überindividualistischen ⁴⁴⁾ beziehungsweise sozialen Wertsystem ⁴⁵⁾ (Sozialprinzip). Ein reines Individualprinzip betont die Freiheit des dominus und wird im gestor grundsätzlich einen Eindringling sehen, den es grundsätzlich nur unter besonderen auf die Person des dominus bezogenen Voraussetzungen (subjektive Abgrenzung), zum Beispiel die utilitas absentis ⁴⁶⁾, also die utilitas des konkreten Geschäftsherrn, zu einem Eingriff in den fremden Bereich zuläßt; das reine Sozialprinzip sieht im gestor grundsätzlich einen Freund, den es nur unter objektiven Umständen, zum Beispiel utilitas absentium (objektive Abgrenzung), also die utilitas einer beliebigen, abstrakt gedachten Anzahl von Geschäftsherren, von der Geschäftsführung ausschließt.

Zusammenfassend ist somit zu sagen : Die Einmischung in fremde Angelegenheiten steht in einem vorrechtlichen Wertkonflikt, der die rechtliche Ausgestaltung des Instituts weitgehend präjudiziert.

42) Radbruch, a.a.O., S. 52.

43) Gurvitch, Grundzüge der Soziologie des Rechts, S. 193.

44) Radbruch, a.a.O., S. 52.

45) Gurvitch, a.a.O., S. 193.

46) Zur utilitas-Lehre siehe Sturma, Das negotium utiliter gestum, S. 9 ff.; S. 12 ff.

Zum Ausgangspunkt zurückgekehrt ergibt sich somit: Die negotiorum gestio ist verhältnismäßig spät in die römische Rechtsordnung eingetreten; dies erklärt sich aus der römischen Grundeinstellung, die der ungefragten Einmischung in fremde Angelegenheiten mißtrauisch gegenüberstand ⁴⁷⁾. Mißtrauen ist jedoch die Basis des Individualprinzips ⁴⁸⁾. Betrachtet man ferner die Gesinnungsgrundlage der Römer, so sind es vor allem die Autorität und die ihr gemäße "strenge Isolierung jeder Befugnis gegen jede andere ⁴⁹⁾", die uns verständlich machen, warum eine frühe Billigung der negotiorum gestio durch die römische Gesellschaft ausscheidet ⁵⁰⁾.

Die vom Mißtrauen geprägte Grundeinstellung der Römer ⁵¹⁾ ist auch in der allmählichen Ausgestaltung der negotiorum gestio spürbar; von den actiones, die aus der negotiorum gestio entstehen, ist die actio directa älter als die actio contraria ⁵²⁾. Das Schwergewicht, nämlich die Hauptklage, lag somit ursprünglich bei den Rechten des dominus negotii.

47) Wächter, ACP 20 S.348; Frese, a.a.O., S.371.

48) Gurvitch, a.a.O., S. 139.

49) Wieacker, a.a.O., S. 12.

50) Eine vergleichbare Entwicklung finden wir auch im Konditionenrecht; hier wie bei der negotiorum gestio besteht die außerkontraktliche, nicht deliktische Überschneidung zweier Vermögenskreise und in beiden Fällen sieht sich der Träger des begünstigten Vermögens dem Ersatzanspruch eines Dritten ausgesetzt. Die Pflicht zur Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung gewinnt auch erst in verhältnismäßig später Zeit an Bedeutung, Schulz, ZSS 50 (1930) S. 245 f.; Esser, Grundsatz und Norm, S. 45.

51) Zu den Wechselbeziehungen von Recht und Gesellschaft, s. Zippelius, Das Wesen des Rechts, S. 50.

52) Bekker, I, S. 151; Karlowa II, S. 669 ff.; Ruhstrat, ACP XXXII, S. 198; Wlassak, a.a.O., S. 193 f.; allerdings str. siehe Literatur bei Wlassak, a.a.O., S.184; zur Klassität der Terminologie Partsch, S. 9 .

In dem höheren Alter und dem rechtlich vorrangigen Stellenwert der Ansprüche des dominus negotii gegenüber den Rechten des gestors liegt eine weitere Bestätigung für die anfänglich individualistische Grundeinstellung der Römer und ihrer Rechtsordnung. Das Individualrecht ist nämlich dadurch gekennzeichnet, "daß in der Abgrenzung der Ansprüche und Pflichten die Ansprüche vorherrschen und unverbunden sind, während die Pflichten kaum bemerkbar werden ⁵³⁾". Das römische Recht war somit in seinen Anfängen "repressiv ⁵⁴⁾" ⁵⁵⁾ und hat erst allmählich spezielle Fälle der negotiorum gestio anerkannt.

Da vorliegend die historische Entwicklung, die bis zur heutigen Geschäftsführung ohne Auftrag geführt hat, insbesondere unter dem Blickwinkel der dogmatisch-systematischen Einordnung dieses Rechtsinstituts untersucht wird, interessiert die Aufbaustruktur der klassischen negotiorum gestio.

53) Gurvitch, a.a.O., S. 145.

54) Gurvitch, a.a.O., S. 205; danach ist der Ausgang vom repressiven Recht eine tendentielle Regelmäßigkeit in der Rechtsentwicklung.

55) Verwandte Züge zeigt heute noch das anglo-amerikanische Recht. Vor allem das englische Recht geht von dem Grundgedanken aus, "daß sich niemand einen Eingriff in seine persönliche Rechtssphäre : Eigentum, Unverletzlichkeit der Person und persönliche Freiheit gefallen zu lassen braucht," Münch, in Rvgl HWB GoA Bd.3 S.694. Daher gibt es im englischen Recht bisher "nicht einmal Ansatzpunkte einer allgemeinen Erstattungspflicht", Wellmann, Der Aufwendungsersatz des Geschäftsführers ohne Auftrag in der Rechtsprechung der anglo-amerikanischen Gerichte, S. 138. Der Grundsatz des law of quasi contract "niemand könne sich durch irgendeine, auf seinem freien, unbeeinflussten Willen beruhende Zuwendung einen anderen verpflichten" wird so streng durchgeführt, daß der gestor nicht einmal einen noch vorhandenen Vermögensvorteil über die Grundsätze des Bereicherungsrechts zurückverlangen kann, Wellmann, a.a.O., S. 169.

Diese ablehnende Grundeinstellung gegenüber der ungefragten Einmischung in fremde Angelegenheiten findet sich im Prinzip auch im amerikanischen Recht, wo allerdings auf mehreren Gebieten dieser Grundsatz durchbrochen worden ist, Wellmann, a.a.O., S. 170.

Ein klares Bild fehlt; insbesondere darf im "Tatbestand" keine heute vorauszusetzende Begriffsschärfe und Begriffsabgrenzung erwartet werden. Für die dogmatisch-systematische Einordnung ist jedoch von Bedeutung, ob bereits die klassische Zeit für den Rechtserwerb des gestor⁵⁶⁾ die Lehre von einem selbständigen Geschäftswillen in Form des animus negotia aliena gerendi und des animus recipiendi vertrat; denn eine negotiorum gestio in der für die actio contraria der Geschäftsführungswille des gestor unerlässliches Merkmal war, hätte den Kontrakten oder, modern ausgedrückt, dem Rechtsgeschäft systematisch näher gestanden als eine auf objektiven Kriterien aufgebaute Geschäftsführung, weil dadurch die Rechtsfolgen auch von der Äußerung des Willens abhängig gemacht worden wären. Wie die klassische negotiorum gestio in diesem Punkt ausgesehen hat, ist streitig.

Die subjektive Theorie sieht in dem animus ein selbständiges Merkmal der negotiorum gestio, das bereits in klassischer Zeit bestanden hätte. Durch Justinian sei das Erfordernis des animus teilweise ausgetilgt worden, um damit Bereicherungsklagen zu schaffen⁵⁷⁾.

Die streng objektive Theorie vertritt die entgegengesetzte Auffassung. Danach sei der animus in klassischer Zeit für die negotiorum gestio unbeachtlich gewesen⁵⁸⁾. Justinian habe ihn erst in die negotiorum gestio als selbständiges Merkmal eingebaut.

-
- 56) Für die actio directa hatte der animus gestoris keine Bedeutung; sogar die Pandektistik, die dem animus gestoris große Bedeutung beimaß, betrachtete ihn für die actio directa als überflüssig, Glück, a.a.O., S. 345.
- 57) Riccobono, Dal diritto romano classico al diritto moderno, S. 258.
- 58) Partsch, a.a.O., S. 37; derselbe, Das Dogma des Synallagma im römischen und byzantinischen Recht, S. 88 ff.; Wlassak, a.a.O., S. 68.

Die subjektive Theorie ist textkritisch widerlegt worden ⁵⁹⁾; der animus als selbständiges subjektives Erfordernis ist eine byzantinische Rechtsschöpfung ⁶⁰⁾. Aber auch eine strenge objektive Theorie ist für die klassische Zeit ebensowenig haltbar. In klassischer Zeit ist der Wille des gestor ebenfalls von Bedeutung; er hatte jedoch nur Abgrenzungsfunktion, um das Hauptmerkmal der negotiorum gestio, nämlich das negotium alienum, genau festzustellen ⁶¹⁾. Die klassische negotiorum gestio kannte also kein selbständiges subjektives Tatbestandsmerkmal ⁶²⁾.

Man wird grundsätzlich derjenigen Theorie folgen müssen, die dem Geschäftsführerwillen eine unselbständige Abgrenzungsfunktion zuordnet. Diese Aufbaustruktur wird den Aufgaben der klassischen negotiorum gestio gerecht, die auch darin bestanden, dem Billigkeitsempfinden ⁶³⁾ einen Weg für den Erstattungsanspruch des gestor zu eröffnen ⁶⁴⁾. Das sachgerechte Billigkeitskriterium für den Erstattungsanspruch war jedoch allein der Rechtskreis des dominus, also das negotium alienum utiliter gerere, dessen Vorliegen grund=

59) Rabel, a.a.O., S. 288 ff.

60) Pringsheim, ZSS 42 (1921) S. 320.

61) Rabel, a.a.O., S. 295; Kaser, a.a.O., S. 491.

62) Seiler, a.a.O., S. 22.

63) Der Billigkeitsgedanke ist eine Einbruchsstelle für das Sozialprinzip : Ein Handeln, das lediglich den Vorteil der Beteiligten fördert, soll nicht durch eine Verweigerung des Ersatzanspruchs "bestraft" werden; denn sonst würde jede Menschenhilfe, die häufig auch im allgemeinen Interesse liegt, unterdrückt. Zur Billigkeit als dem Grundgedanken der negotiorum gestio, Schlossmann, Der Vertrag, S. 224; Esser, Grundsatz und Norm, S. 232 "völlig undogmatische Billigkeitsforderung".

64) Die praktische Bedeutung der negotiorum gestio lag somit primär im Schutz des gestor begründet; denn die Interessen des dominus waren, wenn ihm auch rechtlich die Hauptklage zustand, bereits zum großen Teil durch das Deliktsrecht geschützt. Wenn die actio des dominus weiterhin als die actio directa bezeichnet wurde, so läßt sich dies mit der römischen Abneigung gegenüber Änderungen ohne praktischen Nutzen erklären.

satzlich nur nach "sachlichen, objektiven Regeln ⁶⁵⁾" entschieden wurde. Der Wille des gestor in Form eines animus aliena negotia gerendi und insbesondere eines animus recipiendi, der bereits die Merkmale eines modernen Rechtsfolgewillens besessen hätte, war für die negotiorum gestio nicht erforderlich; denn die klassische Zeit erkannte "nur den in Wort und Tat zum Ausdruck gekommenen Willen an, der nicht auf etwas juristisches, sondern auf Tatsachen gerichtet ist ⁶⁶⁾." Da somit der Wille bei der klassischen negotiorum gestio allenfalls eine untergeordnete Abgrenzungsfunktion zur Bestimmung des unerläßlichen negotium alienum besaß ⁶⁷⁾, wohingegen das reale Moment der Einmischung grundsätzlich allein Anknüpfungspunkt rechtlicher Bewertung war, kann von einer Kontraktsnähe der negotiorum gestio in klassischer Zeit nicht die Rede sein.

Es ist davon auszugehen, daß die negotiorum gestio in klassischer Zeit der praktischen Bedeutung nach ein Billigkeitsinstitut war, das dem gestor, trotz ablehnender Grundeinstellung der Römer gegenüber ungefragten Einmischungen, unter objektiven Voraussetzungen einen Ersatzanspruch gewährte. Der Wille des gestor hatte dabei grundsätzlich keine Bedeutung ⁶⁸⁾; eine systematische Verwandtschaft zum Kontrakt bestand nicht.

65) Pringsheim, a.a.O., S. 310.

66) Pringsheim, a.a.O., S. 320.

67) Jörs-Kunkel, a.a.O., § 155 2 .

68) Insbesondere war für die actio contraria keine altruistische Gesinnung erforderlich.
Seiler, a.a.O., S. 30, dazu später Näheres.

II. Der Zeitraum bis zur Schaffung
des Bürgerlichen Gesetzbuches

Unter Justinian wird die Struktur der negotiorum gestio entscheidend verändert; der doppelte animus, also der animus gerendi und der animus recipiendi, wird als notwendiger und selbständiger Bestandteil eingefügt. Damit wird dem Willensmoment eine selbständige Bedeutung neben dem realen Moment der Einmischung eingeräumt. Der sachliche Anwendungsbereich der bisherigen negotiorum gestio wird dadurch nicht wesentlich verändert ⁶⁹⁾.

Welche Gründe waren für diese Neuerung, die den weiteren Entwicklungsgang der negotiorum gestio stark beeinflusste, maßgebend? Die bereits bei den Klassikern übliche Einordnung der negotiorum gestio in die Quasikontrakte hatte hierauf keinen Einfluß, wenn auch Justinian diese Kategorie stärker als zuvor üblich betonte ⁷⁰⁾. Die Einteilungskategorie des Quasikontrakts hatte lediglich didaktischen Wert. Eine systematisch-dogmatische Aussage mit rechtlichen Konsequenzen war damit nicht verbunden ^{71) 72)}.

69) Jörs-Kunkel, a.a.O., § 155 2.

70) Kreller in RE Suppl VII S. 560, 2. Spalte; Seiler, a.a.O., S. 332.

71) Auch die Entscheidung, daß der pupillus, dessen Geschäfte geführt werden, nur bis zur Bereicherung hafte, stammt aus einer Zeit, die von Quasikontrakten noch nichts wußte, Rabel, a.a.O., S. 303. Die Pandektenwissenschaft verkannte jedoch die Funktion dieses Begriffes; deshalb erklärte sie diese Entscheidung durch den Quasikontrakt, siehe z.B. Dankwardt, Die Negotiorum Gestio § 17 FN 1; Brückmann, a.a.O., S. 147.

72) Dieser Begriff entstand, weil nach römischer Dogmatik die actiones entweder aus Kontrakt oder aus Delikt entstanden. Gaius Inst. III 88; da mehrere Institute wie z.B. die negotiorum gestio keiner der beiden Kategorien unterzuordnen waren, wurden sie zu den Quasikontrakten gezählt, Esser, a.a.O., S. 232, da eine Verwandtschaft zu den Delikten ausschied, Zimmermann, a.a.O., S. 15.

Man wird vergebens nach einer dogmatischen Notwendigkeit für diese justinianische Neuerung suchen. Die Animus-Lehre war nämlich überflüssig; darauf konnte "nur eine späte östliche Jurisprudenz verfallen, die mit Notariatsformularen zu arbeiten gewohnt war, in denen der Wille der Parteien in ermüdender Breite schriftlich formuliert wurde ⁷³⁾".

Weder die Einteilungskategorie des Quasikontrakts noch die Animus-Lehre hatten jedoch bis in die Zeit Justinians das dogmatisch-systematische Verständnis von der negotiorum gestio als einem Billigkeitsinstitut beeinflußt, das vergleichbar dem Bereicherungsrecht ⁷⁴⁾ einen Ausgleichsanspruch für den gestor begründen sollte, weil dieser zugunsten des dominus sein Vermögen gemindert hatte, obwohl die Vermögensminderung auf keinem Verpflichtungsgrund beruhte. Eine dogmatische Überzeugung von der Kontraktsnähe und folglich die Vorstellung von der obligationsbegründenden Kraft des animus gestoris bestand nicht ⁷⁵⁾.

Der byzantinische Einfluß wurde für die zukünftige Entwicklung eine Gefahrenquelle in zweifacher Hinsicht : Die Animus-Lehre begünstigte durch das Erfordernis des animus recipiendi zum einen die Vorstellung von der obligationsbegründenden Kraft des Willens als Geltungsgrund der Rechtsfolgen; zum anderen veränderte das Versubjektivieren der negotiorum gestio das Billigkeitskriterium. War bislang das utiliter gerere, also die gute Tat, Prämierungsgrund, so wurde nunmehr vom gestor auch die gute Gesinnung, ein Handeln im Geiste des Altruismus, verlangt ⁷⁶⁾.

73) Pringsheim, a.a.O., S. 320.

74) Zur Verwandtschaft des Bereicherungsrechts mit der negotiorum gestio vergleiche Witte, Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts, S. 1 ff.

75) Die Forderung nach dem doppelten animus gestoris ist, überspitzt gesagt, aus der byzantinischen Freude an Willensornamenten zu erklären.

76) Die Gewährung der actio contraria wurde in das Spannungsfeld Egoismus-Altruismus verlagert. Derjenige, der "bloß aus Gewinnsucht und seines eigenen Vorteils willen gehandelt hatte", Glück, Teil 5 S. 379, stand

Die Entwicklung in der Pandektistik wucherte üppig in Richtung der beiden aufgezeigten Tendenzen. Da hier der systematische Standort der negotiorum gestio interessiert, soll der Bedeutung des Willensmoments nur im Hinblick auf diesen Untersuchungsgegenstand nachgegangen werden.

Die Pandektenwissenschaft baute die byzantinische Willenslehre aus. Dabei übersah sie aber, daß die Byzantiner mit dem doppelten animus gestoris keine dogmatischen Konsequenzen verknüpften; die östliche Jurisprudenz folgte mit dem

Versubjektivieren der negotiorum gestio dem traditionellen Hang der Betonung allen willensmäßigem. Für die Pandektistik wurde dagegen das Willensmoment zum dogmatisch entscheidenden Merkmal der negotiorum gestio, soweit es um die Rechte des gestor ging. Grundvoraussetzung der negotiorum gestio war nunmehr der Wille "sich dem Herrn des Geschäfts verbindlich zu machen 77)" 78); denn "nicht ex negotio gesto, sondern aus dem Willen, den dominus verbindlich zu machen 79)" entstand die Geschäftsführungsobligation. Die negotiorum gestio war zu einem Institut geworden, in dem der Wille die Obligation begründet. Die Nähe zum Kontrakt war geschaffen.

Fortsetzung der Fußnote 76) von Seite 19

nicht "im Lichte derjenigen, welche sich der Verlassenen angenommen haben, so daß ihnen die sittlichen Mächte die Palme bieten", Kohler, a.a.O., S. 95. Dies führte zur Motivforschung. Dem Anspruchsverlust entging man nur, wenn das Interesse des Geschäftsherrn "zugleich mitbestimmend" war, Spies, Diss. S. 21. Für das klassische römische Recht war eine derartige Gesinnungsinquisition grundsätzlich bedeutungslos, Partsch, a.a.O., S. 37, sofern die Absichten des gestors keine Rückwirkungen auf die objektiv zu bestimmenden Voraussetzungen der negotiorum gestio hatten, Rabel, a.a.O., S. 288.

77) Glück, a.a.O., S. 345.

78) ebenso Vangerow, Pandekten III, S. 520; Windscheid, Pandekten II, § 430 2 a FN 13.

79) Chambon, a.a.O., S. 42 .

Die Entwicklung sollte noch krassere Normen annehmen; die negotiorum gestio wurde teilweise als Vertrag entweder kraft Fiktion⁸⁰⁾ oder sogar auf Grund realer Willensübereinstimmung⁸¹⁾ angesehen. Der "Vertrag der negotiorum gestio" war das Mandatum⁸²⁾.

Zwar haben die Vertragskonstruktionen Widerspruch⁸³⁾ gefunden. Gleichwohl bleiben in der Pandektistik als Mindestvoraussetzungen für eine negotiorum gestio : negotium alienum, utilitas, animus aliena negotia gerendi und animus recipiendi. Damit wurde die negotiorum gestio zumindest als rechtsgeschäftsähnlich angesehen.

80) Dankwardt, a.a.O., § 21; Witte, a.a.O., S.8; Chambon, a.a.O., S. 62, S. 132 geht von einer fingierten Genehmigung aus; Brinkmann, Das Verhältnis actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum zueinander, S. 15; Ogonowski, Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach Österreichischem Rechte, S. 196.

81) Ruhstrat, ACP XXXII S. 184 ff.

82) Interessant ist die Betonung des mandatum in der Geschichte der negotiorum gestio. Das BGB nennt die negotiorum gestio "Geschäftsführung ohne Auftrag", obwohl die Anwendung der §§ 677 ff. BGB auch dann ausgeschlossen ist, wenn der Geschäftsführer "sonst dazu berechtigt", § 677 BGB, ist. Siehe weiterhin die Platzierung der Geschäftsführung ohne Auftrag nach dem Auftragsrecht. Inwieweit das BGB mit der Bezugnahme auf das Auftragsrecht lediglich eine äußere Tradition pflegt, soll hier zunächst dahingestellt bleiben. Die Auffassungen, die der negotiorum gestio Mandatscharakter zuschreiben, sind Beispiele für das "Umfunktionieren" von Abgrenzungsbegriffen in Inhaltsbegriffe. In der Ediktsformel für die negotiorum gestio wird höchstwahrscheinlich "sine mandatu" als Abgrenzungsbegriff zur Betonung der Nichtberechtigung gestanden haben, Partsch, a.a.O., S. 14; damit sollte aber keine inhaltliche Strukturverwandtschaft zum mandatum angedeutet werden (siehe auch Gaius in Dig 44, 7, 5). Nachdem die negotiorum gestio in die Kontraktebene gedrängt worden war, verblaßte die Abgrenzungsfunktion des "sine mandatu" und wurde für die negotiorum gestio Inhaltsbegriff im Sinne seiner Verwandtschaft zum mandatum.

83) Sturm, Das negotium utilita gestum, S. 29 .

Damit ist der historische Entwicklungsprozeß der negotiorum gestio beendet. Es bleibt festzuhalten, daß die Pandektistik auf Grund eines Mißverständnisses der dogmatisch überflüssigen Animus-Lehre der byzantinischen Jurisprudenz das Willensmäßige in der negotiorum gestio überbetont und damit künstlich die Rechtsgeschäftsnahe geschaffen hat. Vom historischen Ursprung und von seiner Funktion hat die negotiorum gestio keine Verwandtschaft mit dem "Rechtsgeschäft". Damit stehen wir an der Schwelle zum geltenden Recht.

III.

Das geltende Recht

Das Bürgerliche Gesetzbuch ist ohne pandektistischen Hintergrund nicht denkbar. Auch die negotiorum gestio, die sich nunmehr Geschäftsführung ohne Auftrag nennt, ist ein Kind der Pandektentradition. Eine umfassende Synopse soll nicht gegeben werden; das Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag interessiert uns hier nur unter dem Blickwinkel seines dogmatisch-systematischen Standortes. Die Pandektenwissenschaft hatte das Institut, wie oben gezeigt, zumindest als rechtsgeschäftsähnlich behandelt. Hat das BGB mit dieser Tradition gebrochen?

Dagegen spricht die äußere Stellung im Gesetz. Die Geschäftsführung ohne Auftrag wird im Recht der Schuldverhältnisse im Anschluß an das Rechtsgeschäft des Auftrags geregelt. Sodann finden die §§ 666 bis 668 BGB, die dem Auftragsrecht angehören, auf die rechtmäßige Geschäftsführung ohne Auftrag Anwendung. Größere Bedeutung wird man aber diesen äußeren Merkmalen nicht beimessen können; denn die Nähe bis zum Rechtsgeschäft läßt sich lediglich aus materiellen Kriterien begründen.

Für eine Abkehr von der pandektistischen Lehre von der negotiorum gestio spricht der Verzicht auf den

animus recipiendi ⁸⁴⁾. Dieser "Fremdkörper" war, wie oben gezeigt, maßgeblich für die Bewertung der negotiorum gestio als Rechtsgeschäft oder rechtsgeschäftsähnliches Institut verantwortlich. Als selbständiges Tatbestandsmerkmal ist jedoch der animus gerendi in die Regelung der Geschäftsführung ohne Auftrag übernommen worden ⁸⁵⁾. Die h.M. leitet aus diesem Geschäftsführerwillen die Rechtsgeschäftsnahe, die geschäftsähnliche Rechtsnatur der Geschäftsführung ohne Auftrag ab ⁸⁶⁾. Ob im Willen, für einen anderen ein Geschäft zu besorgen, die maßgeblichen Kriterien für die geschäftsähnliche Handlung ⁸⁷⁾ liegen, kann in diesem historischen Überblick nicht untersucht werden; die Frage wird im dogmatischen Teil der Arbeit behandelt.

Befragt man den historischen Gesetzgeber nach seiner Vorstellung von dem systematischen Standort der Geschäftsführung ohne Auftrag, so wird keine klare Antwort gegeben. Zwar verwirft er einerseits die Konstruktion des Quasikontrakts ⁸⁸⁾, andererseits sieht er in der Genehmigung einer rechtswidrigen Geschäftsführung ohne Auftrag eine Willenserklärung ⁸⁹⁾. Die Vorstellungen des historischen Gesetzgebers sind somit nicht eindeutig.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß der systematische Standort der Geschäftsführung ohne Auftrag auf den ersten Blick nicht eindeutig ist. Es ist daher zu erklären, ob die Geschäftsführung ohne Auftrag eine ge=

84) Motive II S. 863.

85) Motive II S. 856.

86) dazu später.

87) allgemein anerkannter terminus technicus für Rechtsgeschäftsnahe.

88) Prot. II S. 739.

89) Motive II S. 867.

schäftsähnliche Handlung oder aber eine juristische Handlung ist, die in keinem Verwandtschaftsverhältnis zum Rechtsgeschäft steht; dies muß Gegenstand einer dogmatischen Untersuchung sein.

Schließlich sei noch ein kurzes Wort der Kritik an der Geschäftsführung ohne Auftrag, wie sie in das Bürgerliche Gesetzbuch Eingang gefunden hat, hinzugefügt. Der Gesetzgeber hat hier keine Arbeit "aus einem Guß" geleistet. Zu = nächst fehlt eine eindeutige gesetzliche Wertentscheidung zu der ungefragten Einmischung in fremde Angelegenheiten ⁹⁰⁾. Dies wiederum erklärt, warum die Geschäftsführung ohne Auftrag in der Gesetzesregelung einem geflickten Rock vergleichbar ist. Geht man von den selbstverständlichen Voraussetzungen einer Geschäftsführung ohne Auftrag, nämlich "fremdes Geschäft" und "fehlende Berechtigung", aus, so gelingt dem Gesetz zwar in § 863 BGB in einer Kompromißformulierung ⁹¹⁾ eine glückliche Begründung für den Ersatzanspruch. Danach rechtfertigt das Interesse und der wirkliche oder mutmaßliche Wille des Geschäftsherrn an der Geschäftsführung den Ersatzanspruch. In § 677 BGB verlangt das Gesetz aber in der verklausulierten Fassung des "für einen anderen" zuzätzlich den Geschäftsführerwillen als selbständige Voraussetzung. Damit wird einmal die Gefahr einer übermäßigen Betonung des Geschäftsführerwillens zum anderen ein artfremdes Gesinnungserfordernis geschaffen. Das Gesetz verlangt damit nämlich ein Handeln, das zumindest das Interesse des Geschäftsherrn mitbestimmend berücksichtigt ⁹²⁾.

90) Siehe Prot. II, S.733.

91) In der Pandektistik war streitig, ob die utilitas objektiv oder subjektiv zu bestimmen sei; das geltende Recht hat beide Elemente vereinigt. Anders noch Motive II S. 860, die von der subjektiven Theorie ausgingen. Diese einseitige Auffassung wurde bei der endgültigen Gesetzesfassung aufgegeben. Das Gesetz hat mit der Kompromißformel in § 683 Satz 1 BGB "einen fast gänzlich unbeschrittenen Weg betreten, Schmidt, Diss. S. 5.

92) RGZ 126, 293, RG HRR 34, 1668; unstr.; Motive II S. 868.

Warum im Privatrecht Gesinnungserfordernisse bei nichtdeliktischen Tatbeständen aufgestellt werden, kann nicht eingesehen werden. Nicht ohne Schadenfreude liest man daher § 994 II BGB : Danach bekommt der rechtswidrige und bösgläubige Besitzer, der in der Regel nicht für den Eigentümer handeln will, den Aufwendungsersatz nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag, sofern die Verwendung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Eigentümers entspricht. Der bösgläubige und rechtswidrige Besitzer braucht somit nicht für den Geschäftsherrn⁹³⁾ und in seinem Interesse zu handeln. Was aber dem rechtswidrigen und bösgläubigen Besitzer gewährt wird, verweigert das Gesetz einem Geschäftsführer, wenn er nicht in der Sonderbeziehung des Eigentümer-Besitzerverhältnisses tätig wird.

Der selbständige Geschäftsführerwille ist, um es noch einmal zu betonen, teleologisch gesehen ein grundsätzlich überflüssiges Erfordernis⁹⁴⁾; denn die praktische Bedeutung der Geschäftsführung ohne Auftrag liegt darin, daß sie als Billigkeitsinstitut dem Geschäftsführer einen über den Bereicherungsanspruch hinausgehenden Erstattungsanspruch gewährt. Das Billigkeitskriterium darf jedoch nicht von dem Willen und der Einstellung des Geschäftsführers abhängig sein, sondern soll sich allein nach dem Rechtskreis des "verletzten" Geschäftsherrn bemessen, also z.B.

93) Medicus, Bürgerliches Recht, § 17 I 3.

94) Vorbildlich ist die Regelung der negotiorum gestio im Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Danach ist die negotiorum gestio eine "Eingriffshandlung", Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art 419, Rdnr 13. Die gegenseitigen Ansprüche entstehen auf Grund von "Tatsachen, die vom Willen, Wissen und Verschulden des Geschäftsführers und des Geschäftsherrn unabhängig sind, Berner Kommentar, Vorb. zur Geschäftsführung ohne Auftrag, Rdnr 13 a". "Der Wille ist kein Begriffsrequisit der vertragslosen Geschäftsführung, Berner Kommentar, a.a.O.,

nach seinem Interesse und seinem wirklichen oder mutmaßlichen Willen.

In der gesetzlichen Regelung gibt es noch weiteres, was nicht zufriedenstellen kann ⁹⁵⁾. Für eine umfassende Kritik ist hier nicht der Raum. Glücklicher wäre jedenfalls eine Regelung, die sich äußerlich von der Auftragsnähe gelöst und in der Art des Eigentümer-Besitzer Verhältnisses (§§ 987 ff. BGB) den Interessenausgleich zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer herbeigeführt hätte. Dadurch wäre der Geschäftsführung ohne Auftrag ein systematischer Standort zugekommen, der unmißverständlich zeigen würde, daß sie nichts mit dem Rechtsgeschäft und rechtsgeschäftsähnlichen Rechtsgebilden zu tun hat. Dies würde der Entstehungsgeschichte und der Funktion der Geschäftsführung ohne Auftrag entsprechen.

-
- 95) Eine verunglückte Bestimmung ist auch § 686 BGB : Danach hindert der Irrtum des Geschäftsführers über die Person des Geschäftsherrn nicht das Entstehen des Erstattungsanspruchs. Diese Regelung stammt aus der Pandektistik, wo sie sinnvoll war. Da der animus recipiendi für obligationsbegründend angesehen wurde, mußte dieser, den Grundsätzen der Dogmatik entsprechend, auf eine certa persona gerichtet sein. Da dies bei der negotiorum gestio häufig nicht möglich war, wurde der Irrtum für unbeachtlich erklärt und der wirkliche dominus negotii verpflichtet. Da das BGB lediglich den animus gerendi verlangt, also den Willen ein fremdes Geschäft zu führen, hat dieser nach der gesetzlich vorformulierten Willensrichtung (ergibt sich aus der Umkehrung von § 687 I BGB), keine Bedeutung im Hinblick auf eine bestimmte Person. § 686 ist überflüssig. § 687 BGB ist die gesetzespolitisch verfehlte Konsequenz, die sich aus dem Erfordernis des Geschäftsführungswillens ergibt. Der fehlende Wille des Geschäftsführers für den Geschäftsherrn tätig zu sein (in Absatz I unbewußt, in Absatz II bewußt), darf den Ersatzanspruch nicht ausschließen, sofern durch den fehlenden Willen nicht das Interesse und der wirkliche oder mutmaßliche Wille des Geschäftsherrn an der Geschäftsführung beeinträchtigt wird. § 687 BGB ist dringend aus unserem Recht wegzuwünschen; richtig dagegen: § 994 II BGB.

Da aber die Entwicklung, wie sie vernünftigerweise verlaufen müßte, kein Gesetzgeber höherer Instanz ist, sind wir an die getroffene Regelung gebunden. Wo der systematische Standort der Geschäftsführung ohne Auftrag heute ist, wird die weitere Arbeit zeigen.

§ 3 Der Methodengang der Untersuchung

Nach diesem historischen Streifzug durch die Entwicklungsgeschichte der Geschäftsführung ohne Auftrag, sei zunächst der methodische Gang der weiteren Arbeit aufgezeigt. Als Methoden bieten sich die in der Literaturübersicht bereits erwähnten dogmatisch-systematischen oder die von der Problemstellung ausgehenden interessenbewertenden Betrachtungsweisen an; in beliebigen Schlagwörtern ausgedrückt : Systemdenken oder Problemdenken .

Es soll vorliegend zunächst nicht der Wert der beiden Methoden im Verhältnis zueinander untersucht werden mit dem Ziel, die "allein richtige" zu finden. Auch wird zunächst nicht der Frage nachgegangen, ob zwischen Problem- und Systemdenken der häufig behauptete Gegensatz besteht. Die Lösung soll vielmehr nach beiden Methoden gesucht werden; denn wenn beide Methoden zu dem gleichen Ergebnis führen, hätte die Entscheidung zugunsten einer Methode "nur" akademische Bedeutung. Da die Methode nur Hilfsmittel ist, soll ohne Notwendigkeit nicht über den Weg geschritten werden.

§ 4 Die Deduktion aus der Gesetzessystematik

Es sollen zunächst die im Ausgangsfall auftauchenden Probleme aus der Systematik heraus geklärt werden. Dabei

ist vom Gesetz selber auszugehen ⁹⁶⁾; möglicherweise findet sich dort eine ausdrückliche, gesetzlich vorgezeichnete Systematik. Ist dies nicht der Fall oder nur unvollständig, so muß der Katalog der Wertgesichtspunkte ermittelt werden, auf den eine jeweilige juristische Handlung zurückgeführt werden kann; denn eine Deduktion aus der Gesetzessystematik ist nur dann möglich, wenn die Systematik "selbst bereits das Produkt einer Wertung nach Zwecksetzungen ist ⁹⁷⁾"⁹⁸⁾. Diese Wertelemente werden zur Abgrenzung voneinander in Begriffe gefaßt ⁹⁹⁾, die der Bezeichnung der sogenannten Rechtsnatur bei den jeweiligen juristischen Handlungen dienen. Sind somit die Begriffe, die "induktiv verifizierbar ¹⁰⁰⁾" sind, herausdestilliert, so wird untersucht, auf welchen das Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag zurückzuführen ist. Von dieser begrifflich systematischen Erfassung der Rechtsnatur der Geschäftsführung ohne Auftrag wird dann eine Entscheidung der Probleme, die sich aus der Minderjährigkeit des Geschäftsführers ergeben, abgeleitet.

Gegen diese Methode ergeben sich jedoch Bedenken. Eine Rechtsentscheidung ist die Bewertung eines sozialen Sachverhaltes nach vorgegebener Wirkung. Bei einer dogmatisch-systematischen Methode werden die vorgegebenen

-
- 96) Das System ist somit aus der Rechtsordnung selbst zu entwickeln oder, wie Engisch sagt : Was die Rechtsordnung implizite birgt, wird von der Rechtserkenntnis explizite entwickelt. Engisch, Studium Generale, Band 10, S. 178.
- 97) Kaser, Zur Methode der römischen Rechtsfindung, S. 64 FN 74.
- 98) Larenz, Methodenlehre, S. 141. Dies übersah die sogen. Begriffsjurisprudenz, die unterschiedslos alle Gesetzesbegriffe für deduktionsfähig ansah, ohne ihren Wertgehalt zu bestimmen.
- 99) Die Begriffe sind somit die Knotenpunkte des Systems, Larenz, Methodenlehre, S. 139.
- 100) Esser, Grundsatz und Norm, S. 47.

Wertungen, die im System sichtbar gemacht werden, in Begriffe gefaßt. Wie müssen aber Systembegriffe, die der Erfassung der rechtmäßigen juristischen Handlungen dienen, aussehen ? Die zu ermittelnden Begriffe werden notwendigerweise technisch-juristischer Art sein ¹⁰¹⁾. Dies ergibt sich daraus, daß Begriffe, die im sozialen Leben verwurzelt sind, von vorneherein nicht in Betracht kommen können; denn es geht hier nicht um die Erfassung und rechtliche "Verdinglichung" von Erscheinungen des sozialen Lebens, sondern um die Fixierung von Rechtserscheinungen. Die "Rechtswelt" kann aber nur erfaßt werden, durch Begriffe aus dem "eigenen Lebenskreis". Im Rechtsleben gibt es nun entweder die bereits erwähnten Begriffe technisch-juristischer Art oder aber juristische Wertbegriffe, die aus sich heraus ethische Werte ausdrücken, wie z.B. Treu und Glauben. Eine Systematisierung des Zivilrechts, sichtbar gemacht durch Begriffe, die ethische Werte ausdrücken, ist aber nicht denkbar, da diese reinen Wertbegriffe einmal keinen exakten Abgrenzungswert haben und zum anderen ethische Werte im Zivilrecht nicht in einer nach Lückenlosigkeit strebenden Abgrenzungsnotwendigkeit stehen. Somit ist für eine Systembildung, die der vollständigen Erfassung und Abgrenzung der rechtmäßigen juristischen Handlungen dient, notwendigerweise eine technisch-juristische Begriffsbildung erforderlich.

Diese Begriffe wiederum haben jedoch aus sich heraus zunächst keinen normativen Gehalt ¹⁰²⁾, wie dies bei Wertbegriffen der Fall ist; denn juristisch-technische Begriffe

101) Terminologisch und sachlich wird die Begriffsteilung von Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 271 ff. zugrunde gelegt. .

102) Coing, a.a.O., S. 271 f.; Larenz, Methodenlehre, S. 141.

sind Erfindungen der Terminologie. Da aber Entscheidungen wohl aus Begriffen, die auf einen Wert oder auf das Wesen einer sozialen Erscheinung gehen (Wertbegriffe) ¹⁰³⁾, nicht jedoch aus technisch-juristischen Abgrenzungsbegriffen ableitbar sind, erscheint der oben aufgezeigte Methodengang zunächst nicht brauchbar.

Dazu ist zu sagen, daß zwar eine Deduktion aus technisch-juristischen Begriffen als solches nicht möglich ist. Etwas anderes ist aber dann der Fall, wenn den technisch-juristischen Begriffen selber wieder Wertgesichtspunkte zugrunde liegen ¹⁰⁴⁾. Wenn eine Systematisierung nämlich durch Abgrenzungsbegriffe erfolgt, die ihrerseits auf rechtlich anerkannten Wertungen beruhen, so ist eine Deduktion zulässig; denn nunmehr wird nicht aus reinen Abgrenzungsbegriffen unzulässigerweise eine Entscheidung abgeleitet, sondern aus technisch-juristischen Begriffen, die durch Hinbeziehung der zugrundeliegenden anerkannten Wertungen den Wertbegriffen entsprechen ¹⁰⁵⁾. Der oben aufgezeigte Methodengang ist somit brauchbar, wenn die technisch-juristischen Begriffe der Systemeinteilung auf rechtlich anerkannten Wertungen beruhen.

103) Coing, a.a.O., S. 272.

104) Coing, a.a.O., S. 273.

105) Die Wertbegriffe und die hier beschriebenen technisch-juristischen Deduktionsbegriffe unterscheiden sich folgendermaßen: Die Wertbegriffe sind aus sich heraus verständlich und sinnvoll; die technisch-juristischen Systembegriffe sind erst verständlich und sinnvoll als Teilbegriffe des Systems, die in einem Verhältnis die Ergänzungsnotwendigkeit zu den übrigen Systembegriffen stehen. Beispiel: Treu und Glauben sind Wertbegriffe, die aus sich heraus sinnvoll und verständlich sind; der Begriff der geschäftsähnlichen Handlung bekommt seinen vollen Inhalt erst, in Abgrenzung von Rechtsgeschäft und Realakt.

Gegenstand der Systematisierung sind die juristischen Handlungen ¹⁰⁶⁾, d.h. die Summe der gesetzlichen Tatbestände, die auf einer Handlung beruhen. Dabei versteht man unter Handlung das Verhalten einer Person, das auf einem äußeren, bewußten Willensakt beruht. Daher sind solche gesetzlichen Tatbestände nicht in das System der juristischen Handlungen einzubeziehen, die nicht notwendigerweise dem Handeln einer Person zuzuordnen sind ¹⁰⁷⁾.

Da das Gesetz selber die Fundstelle des Systems ist ¹⁰⁸⁾, liegt es nahe, daß es sein System ausdrücklich festgelegt hat. Diese Hoffnung wird aber bei näherer Betrachtung des Gesetzes zerstört. Dort finden wir leider nur einen Ansatzpunkt ausdrücklicher Systematisierung. Es handelt sich dabei um den juristisch-technischen Begriff des Rechtsgeschäfts ¹⁰⁹⁾. Von diesem Begriff werden alle diejenigen juristischen Handlungen erfaßt, bei denen das Gesetz die "Selbstherrlichkeit des einzelnen in der schöpferischen Gestaltung von Rechtsverhältnissen" ¹¹⁰⁾ anerkennt. Diese juristischen Handlungen sind so strukturiert, daß sie notwendigerweise einen Rechtsfolgewillen voraussetzen ¹¹¹⁾; denn dieser Rechtsfolgewille ist Ausdruck des Selbstgestaltungswillens, woran das Gesetz anknüpft, wenn es die Rechtsfolgen entsprechend dem Willen setzt.

-
- 106) Dabei kommen vorliegend nur die rechtmäßigen juristischen Handlungen in Betracht. Die rechtswidrigen juristischen Handlungen - unerlaubte Handlungen - sind hier nicht von Bedeutung.
- 107) Z.B. die gesetzlichen Tatbestände der Verbindung und Vermischung; falsch bei Staudinger-Coing, vor §§ 104 ff.; Rdnr. 20 a; richtig v.Tuhr, II 1, S. 103 f.
- 108) Motive I, S. 16.
- 109) Titelüberschrift : 1. Buch 3. Abschnitt des BGB.
- 110) Brox, JZ 1966, S. 762.
- 111) Jung, Bürgerliches Recht, S. 563; Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, S. 467; Pürschel, Diss. S. 5; Ennesserus-Nipperdey, § 145 II A 1.

Das Rechtsgeschäft ist somit der vom Gesetzgeber verwandte juristisch-technische Begriff zur systematischen Erfassung derjenigen juristischen Handlungen, deren Rechtsfolgen deshalb eintreten, weil und soweit sie gewollt sind (ex voluntate).

Damit ist das Wesen des Rechtsgeschäftes als eines Akts der Selbstbestimmung ¹¹²⁾ erfaßt. Auf welcher gesetzlich anerkannten Wertung beruht aber der Rechtsgeschäftsbegriff ? oder anders formuliert : Warum hat das Gesetz dem einzelnen die Rechtsmacht privatautonomer Gestaltungsbefugnisse gegeben ? Die Erklärung findet sich, wenn man die auf privatautonomer Regelungsbefugnis beruhenden juristischen Handlungen auf ihren Zweckgehalt hin untersucht. Es handelt sich bei diesen juristischen Handlungen immer um Rechtsverhältnisse, die grundsätzlich nur die Interessen der an der Handlung beteiligten Personen berühren ¹¹³⁾, und bei denen die Beteiligten lediglich die Förderung ihrer Interessen bezwecken; Interessen der Allgemeinheit werden dabei grundsätzlich nicht berührt. An diese Individualinteressenstruktur knüpft das Gesetz an, wenn es den Beteiligten die Privatautonomie zubilligt. Daraus folgt die gesetzliche Wertung, auf der der Rechtsgeschäftsbegriff beruht : Rechtsverhältnisse, bei denen in erster Linie die Interessen der an der Handlung beteiligten Personen betroffen werden, hält das Gesetz nicht von sich aus für regelungsbedürftig; es überläßt diese Rechtsverhältnisse vielmehr der privatautonomeren Regelungsbefugnis der Beteiligten, weil Interessen der Allgemeinheit nicht berührt werden ¹¹⁴⁾.

112) Flume, a.a.O., § 1 5; Manigk, Das Anwendungsgebiet, S. 187; Enneccerus-Nipperdey, § 145 II A.

113) Manigk, Das Anwendungsgebiet, S. 187.

114) Auch bei Verkehrsstörungen, z.B. §§ 108 II, 177 II, 415 II BGB, hat diese gesetzliche Wertung Gültigkeit; hier werden die Rechtsfolgen auf privatautonome Selbstgestaltung zurückgeführt, obwohl der Geltungsgrund der Regelung (Willenserklärung) in concreto

Aus der Bewertung der Interessen hat das Gesetz somit die Entscheidung für die Privatautonomie abgeleitet. Außer der gesetzlichen Entscheidung zugunsten der Privatautonomie hat das Gesetz den Rahmen abgesteckt, innerhalb dessen die privatautonome Regelungsbefugnis gewährt wird. Insbesondere ist, was für die vorliegende Arbeit Bedeutung hat, in den Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit die Handlungsfähigkeit bei privatautonomer "Rechtssetzungsbefugnis" geregelt. Diese Gesetzesvorschriften beruhen auf dem Gedanken, daß die Privatautonomie Gefahren für den einzelnen in sich birgt ¹¹⁵⁾. Vor diesen Gefahren will das Gesetz aber den Unmündigen schützen, wohingegen es dem Volljährigen zutraut, sich selber vor Gefahren sichern zu können ¹¹⁶⁾. Für die weitere Untersuchung muß daher festgehalten werden : Das Gesetz verlangt eine besondere Handlungsfähigkeit, wenn Individualinteressen durch privatautonome Selbstbestimmung geregelt werden können.

Das Gesetz hat nur in den Bestimmungen über das Rechtsgeschäft eine ausdrückliche Systemregelung getroffen. Für die sonstigen gesetzlichen Tatbestände von juristischen Handlungen fehlt eine ausdrückliche Systematisierung. Dies ist auch nicht verwunderlich, da der historische Gesetzgeber noch keine klaren Vorstellungen von der dogmatischen

Fortsetzung der Fußnote 114) von Seite 32

nicht vorliegt. Dies rechtfertigt sich jedoch aus dem Zweckgehalt der juristischen Handlungen (Individualinteressen), in deren Bereich die Verkehrsstörung aufgetreten ist. Enneccerus-Nipperdey, § 153 IV B 1 .

115) Motive I, S. 129 f.

116) Bydlinski, Privatautonomie, S. 168.

Erfassung der übrigen juristischen Handlungen hatte. Dies bestätigen die Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Dort stellt man den oben behandelten Rechtsgeschäften solche gesetzlichen Tatbestände gegenüber, deren Rechtsfolgen vom Gesetz (ex lege) bestimmt werden. Dabei werden u.a. gleichrangig genannt : unerlaubte Handlungen neben prozessualen Handlungen, Spezifikation und Geschäftsführung ohne Auftrag. Die Verfasser des BGB wußten aber, daß ihr Verständnis von der systematischen Einordnung der juristischen Handlungen unvollkommen war. Sie forderten daher die Wissenschaft auf, die als Rechtshandlungen bezeichneten juristischen Tatbestände, die nicht dem juristisch-technischen Begriff des Rechtsgeschäftes unterzuordnen seien, näher zu untersuchen ¹¹⁷⁾. Der "Auftrag" des Gesetzgebers bezweckte einmal eine bessere Erkenntnis von der Struktur der nicht rechtsgeschäftlichen Handlungen zu gewinnen; zum anderen sollte dadurch die Möglichkeit einer Übertragung der für Rechtsgeschäfte gegebenen Vorschriften auf nicht rechtsgeschäftliche Handlungen eröffnet werden ¹¹⁸⁾.

I. Die Systembildung durch die Wissenschaft

Die Systematisierungsversuche sind in der Folgezeit zahlreich gewesen. Dabei stehen sich im wesentlichen zwei Auffassungen gegenüber. Die erste faßt sämtliche Tatbe=

117) Motive I, S. 127; Motive I, S.16; danach tragen die "zugrundeliegenden Prinzipien den Keim weiteren Ausbaues in sich."

118) Dies ist zunächst eine merkwürdige Erscheinung; denn wer sollte besser um das Wesen der juristischen Handlungen Bescheid wissen, als der historische Gesetzgeber, der die Regeln für das positive Recht gesetzt hat? Gleichwohl steht hinter diesem Auftrag der Erkenntnis, daß die aufgestellten Regeln und Wertungen sich oft als fruchtbarer erweisen, als selbst der Gesetzesgeber geahnt hat. Dazu Coing, Grundzüge, S. 274 ff.

stände von juristischen Handlungen, die keine rechtsgeschäftliche Rechtsnatur haben, zu einer Einheit zusammen¹¹⁹⁾. Diese Einheit bezeichnet man, den Motiven folgend, als Rechtshandlungen im engeren Sinne. Der Grund der Systemteilung in Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen im engeren Sinne liegt nach dieser Auffassung im folgenden : Das Rechtsgeschäft diene der Privatautonomie; daher richte sich die Rechtsfolge nach den Willen der Beteiligten (ex voluntate - Wirkung) . Bei den Rechtshandlungen im engeren Sinne verfolge die Rechtsordnung dagegen "allgemeine und höhere Zwecke" ¹²⁰⁾; daher werde die Rechtsfolge vom Gesetz festgesetzt (ex lege - Wirkung) .

Welche Entscheidungen sind aus dem technisch-juristischen Begriff der Rechtshandlung im engeren Sinne abzuleiten, wenn man seine Berechtigung zunächst unterstellt ? Da die Rechtsordnung hier, wie oben behauptet, allgemeine und höhere Zwecke verfolgt, müßte zwingend jede Anwendung von Normen, die von einer privatautonomen Regelungsbefugnis ausgehen, ausgeschlossen sein; denn "rechtsgeschäftliche" Normen setzen notwendigerweise juristische Handlungen voraus, bei denen die Rechtsordnung eine "willkürliche" Ordnung der Rechtsbeziehungen durch die Beteiligten billigt. "Willkürnormen" können aber keine Anwendung auf juristische Handlungen finden, bei denen die Rechtsordnung angeblich allgemeine und höhere Zwecke anstrebt, da sonst die überindividuellen Zwecke vereitelt werden könnten. Nach dieser Auffassung müßte daher konsequenterweise auch die Anwendbarkeit der hier interessierenden Vorschriften

119) Manigk, Willenserklärung, S. 643; Klein, a.a.O., S. 23; Pürschel, Diss. S. 8. .

120) Manigk, Anwendungsgebiet, S. 187 .

über die Geschäftsfähigkeit auf Rechtshandlungen im engeren Sinne ausgeschlossen sein. Die Vertreter eines systematischen Zweiteilung der juristischen Handlungen kommen aber zu dem folgenden Ergebnis : Im Ausgangspunkt verneinen sie auch die Anwendung von rechtsgeschäftlichen Normen auf Rechtshandlungen im engeren Sinne ¹²¹⁾. Gleichwohl besteht für sie ein häufiger Zwang zu Ausnahmen. Beschränkt man sich auf das hier entscheidende Problem der Anwendung von Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit, so macht diese Auffassung für die Rechtshandlungen im engeren Sinne, die den Charakter von Mitteilungen an Dritte haben, teilweise eine Ausnahme. Danach seien auf Mitteilungen die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit entsprechend anwendbar, wenn diese Mitteilungen im Rahmen eines Rechtsgeschäftes erfolgen ¹²²⁾, wie z.B. die Mahnung. Diese formale Begründung ¹²³⁾ in der speziellen Frage der analogen Anwendbarkeit der Normen über die Geschäftsfähigkeit zeigt allein schon die Unhaltbarkeit dieses Systems und der daraus abgeleiteten Entscheidungen. Ein System, aus dem

121) Pürschel, Diss. a.a.O., S. 8; Manigk, Das Anwendungsgebiet, S. 186.

122) Manigk, Rechtswirksames Verhalten, S. 476 ff.

123) Diese Begründung ist zudem falsch. Eine Analogie setzt bei dem zu regelnden Tatbestand eine Gleichheit in dem Punkt voraus, der für die rechtliche Bewertung der analog zu übertragenden Norm maßgebend ist, Herrfahrdt, Diss. S. 43; Engisch, Einführung, S. 143. Die Anwendung der Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit auf Rechtsgeschäfte beruht auf der rechtlichen Bewertung, daß die privatautonome Regelung für den einzelnen Gefahren mit sich bringen kann. Daher sollen Personen bis zu einem gewissen Alter geschützt werden. Eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit auf die oben genannten Mitteilungen setzt eine vergleichbare Gefahrenlage voraus. Für die rechtliche Bewertung ist dagegen belanglos, ob die Mitteilung im Rahmen eines Rechtsgeschäfts erfolgt. Enneccerus-Nipperdey, § 137 FN 14.

Entscheidungen abgeleitet werden, die anschließend wieder durch dogmatisch nicht begründete Ausnahmen korrigiert werden, ist wertlos.

Der Systembegriff der Rechtshandlung im engeren Sinne ist daher unbrauchbar ¹²⁴⁾. Vor allem überzeugt nicht die These, die Rechtsordnung verfolge bei allen juristischen Handlungen, die zu den Rechtshandlungen im engeren Sinne gehören, allgemeine und höhere Zwecke. Es handelt sich hierbei um eine nicht beweisbare Behauptung. Es ist nämlich nicht einzusehen, warum das Gesetz z.B. bei der Mahnung allgemeiner und höhere Zwecke verfolgt, also z.B. bei einer privatautonomer Regelung unterliegenden Kündigung. In beiden Fällen sind in erster Linie die Individualinteressen der Beteiligten im Spiel; allgemeine und höhere Zwecke können hier grundsätzlich nicht berührt werden. Die Zweiteilung der juristischen Handlungen in Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen im engeren Sinne ist somit abzulehnen ^{125) 126)}.

124) Flume, Rechtsgeschäft, § 9 1, S. 108 .

125) Dieser Systemrigorismus liegt wahrscheinlich in der Verkenntung des Geltungsgrunds der Rechtsfolgen bei juristischen Handlungen begründet. Die ex voluntate - Rechtsfolgewirkung beruht, wie bereits ausgeführt, auf der privatautonomen Regelungsbefugnis, die auf Grund der Bewertung der allein betroffenen Individualinteressen durch das Gesetz gewährt wird. Da das Gesetz aber bei den sogen. Rechtshandlungen im engeren Sinne die Rechtsfolgen festsetzt, wird man aus der ex lege - Wirkung durch Rückschluß gefolgert haben, daß hier nicht Individualinteressen berührt werden; statt dessen glaubt man, allgemeine und höhere Zwecke bei allen Rechtshandlungen im engeren Sinne zu entdecken.

126) Flume, Das Rechtsgeschäft, § 9 1, S. 105. Danach handelt es sich bei der Rechtshandlung im engeren Sinne um einen "unbestimmten Begriff, der, abgesehen von dem Moment der Handlung, nur auf der Negation beruht, daß es sich nicht um eine rechtswidrige Handlung und nicht um ein Rechtsgeschäft handelt."

Aus dem juristisch-technischen Begriff der Rechtshandlung im engeren Sinne lassen sich keine Entscheidungen ableiten.

Die zweite Gruppe unter den Systematikern, die als herrschende Meinung zu bezeichnen ist, teilt die rechtmäßigen juristischen Handlungen in Rechtsgeschäfte, geschäftsähnliche Handlungen und Realakte ein.

Dabei versteht man unter der geschäftsähnlichen Handlung : die Äußerung eines geistigen Vorgangs, die häufig im Bewußtsein der vom Gesetz ausgelösten Rechtsfolgen vorgenommen wird ¹²⁷⁾; eine Handlung, der im Unterschied zur Willenserklärung die Richtung auf Rechtsfolgen fehlt ¹²⁸⁾; Handlungen, bei denen der Wille des Handelnden nicht auf den Erfolg gerichtet sein muß ¹²⁹⁾; Handlungen, die einen auf soziale Wirkungen gerichteten Willen voraussetzen ¹³⁰⁾; Handlungen, die auf Ansprüche oder Rechtsverhältnisse Bezug nehmen, vielfach auch im Bewußtsein der dadurch ausgelösten Rechtsfolgen vorgenommen werden, jedoch nicht unmittelbar auf den Eintritt dieser Rechtsfolgen gerichtet sind ¹³¹⁾; Äußerungen, die eine rechtsähnliche Wirkung haben, aber nicht Äußerung eines rechtsgeschäftlichen, d.h. auf rechtliche Wirkungen gerichteten Willens, sondern eines auf einen tatsächlichen Erfolg gerichteten Willens ¹³²⁾.

Demgegenüber sei der Realakt der Systembegriff zur Erfassung von Handlungen, die zunächst einen tatsächlichen, dem Gebiet des Rechts nicht angehörenden Erfolg ins Leben

127) Enneccerus-Nipperdey, § 137 IV 2 a.

128) Erman-Westermann, Einl. § 104, Anm. 1.

129) Soergel-Seydel, vor § 104, Anm. 5.

130) Jung, a.a.O., S. 564.

131) Larenz, Allgemeiner Teil des BGB, § 32, S. 495

132) Palandt-Danckelmann, Überleitung vor § 104, Anm. 1 d.

übertragen¹⁴¹⁾, sofern nicht aus der Natur der Sache heraus eine Analogie ausgeschlossen ist. Demgegenüber können diese Normen grundsätzlich auf Realakte keine Anwendung finden. Im Hinblick auf die entsprechende Anwendung der Normen über

-
- 141) Inkonsequent sind aber Staudinger-Coing, § 107, Rdnr. 9; vor § 104, Rdnr. 21; Dorn, Diss., S. 54 f.; RGKR Krüger-Nieland, § 107, Anm. 8; Schulien, NJW 1963, S. 1879; Oertmann, § 682, Anm. 1. Diese Autoren sehen in der Geschäftsführung ohne Auftrag eine geschäftsähnliche Handlung. Folglich kommen sie zur Analogie der §§ 104 ff. BGB und insbesondere des § 107 BGB. Dabei wird die Analogie des § 107 BGB auf diejenigen Rechtsfolgen der Geschäftsführung erstreckt, die für sich betrachtet, lediglich rechtlich vorteilhaft sind. Daher geben diese Autoren in analoger Anwendung des § 107 BGB dem minderjährigen Geschäftsführer den Aufwendungsersatzanspruch, weil dieser für den Minderjährigen von lediglich rechtlichem Vorteil ist. Dabei übersehen sie aber, daß die Frage nach dem rechtlichen Vorteil einer aus der Geschäftsführung herrührenden Rechtsfolge erst dann gestellt werden kann, wenn die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des Rechtsinstituts erfüllt sind. Bevor also die Entscheidung über den rechtlichen Vorteil einer Rechtsfolge getroffen werden kann, muß zunächst feststehen, ob der minderjährige Geschäftsführer überhaupt eine Geschäftsführung betreiben kann. Das wäre aber, bei Zugrundelegen einer geschäftsähnlichen Rechtsnatur nur dann der Fall, wenn die Geschäftsführung ohne Auftrag als solche lediglich rechtliche Vorteile für den Minderjährigen auslöst. Dies ist aber eindeutig nicht der Fall. An eine wirksame Geschäftsführung knüpfen sich nämlich ex lege zahlreiche Verpflichtungen für den Geschäftsführer. Somit ist das Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag für den Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft. Der Minderjährige ist daher ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bei unterstellter geschäftsähnlicher Rechtsnatur der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht zur Geschäftsführung zuzulassen, § 107 BGB analog. Konsequenz dagegen die herrschende Meinung, die dem Minderjährigen wegen der behaupteten geschäftsähnlichen Rechtsnatur der Geschäftsführung ohne Auftrag von der Geschäftsführung ausschließt und somit auch einen Aufwendungsersatzanspruch nach § 683 S. 1 BGB nicht zubilligt, z.B. Palandt-Gramm, § 682, Anm. 1.

die Geschäftsfähigkeit sind die Deduktionsergebnisse noch präziser : Auf geschäftsähnliche Handlungen sind die §§ 104 ff. BGB entsprechend anzuwenden ¹⁴²⁾, auf Realakte dagegen nicht ¹⁴³⁾, es sei denn, das Gesetz ordnet dies ausdrücklich an.

Die Deduktionsergebnisse werden folgendermaßen begründet : Die Analogie der Vorschriften über das Rechtsgeschäft auf geschäftsähnliche Handlungen rechtfertigt sich aus der dabei vorliegenden "Betätigung eines Willens, der die gesetzlichen Rechtsfolgen auslöst"¹⁴⁴⁾; aus der "Ähnlichkeit" ¹⁴⁵⁾ im Willensmoment; da hier (ergänze geschäftsähnliche Handlung) wie dort (ergänze Willenserklärung) der Wille die maßgebliche Rolle spielt" ¹⁴⁶⁾; usw.

Demgegenüber sei die Analogie von Vorschriften über das Rechtsgeschäft auf Realakte deshalb ausgeschlossen, weil hier die Rechtsfolgen allein von einem tatsächlichen Ergebnis abhängen ¹⁴⁷⁾; wegen der Bedeutungslosigkeit des Willens ¹⁴⁸⁾ usw.

Versucht man das Wesen dieser Systembildung zu analysieren, so kann man in der Bedeutung "des Willens für die Handlung das entscheidende Merkmal"¹⁴⁹⁾ dieses Systems sehen. Der Kern dieser Systembegriffe liegt somit in der Qualifikation des Willensmoments : Das Wesen des Rechts=

142) Palandt-Danckelmann, vor § 104, Anm. 1 d, e.

143) Erman-Westermann, vor § 104, Anm. 2.

144) Soergel-Hefermehl, vor § 116, Anm. 12

145) Enneccerus-Nipperdey, § 207 II.

146) Palandt-Danckelmann, Überl. vor § 104, Anm. 1 d.

147) Soergel-Hefermehl, vor § 116, Anm. 12.

148) Erman-Westermann, Einl. § 104, Anm. 1.

149) Erman-Westermann, a.a.O., v. Thur II 1, § 48.

geschäfts wird im privatautonomen Rechtsfolgewillen gesehen; die geschäftsähnliche Handlung ist dem Rechtsgeschäft verwandt, weil sie auch ein Willensmoment verlangt; der Realakt ist von den beiden erstgenannten Systembegriffen scharf zu trennen, weil hier der Wille bedeutungslos ist. Von diesem Wesensgehalt der Systembegriffe ausgehend, kommt die h.M. zu ihren Deduktionsergebnissen.

Dagegen ist folgendes zu sagen : Die Ableitung von Entscheidungen aus Systembegriffen ist, wie oben bereits gezeigt, nur dann zulässig, wenn die Begriffe auf rechtlich anerkannte Wertungen zurückführbar sind. Da die herrschende Meinung dem Auftrag des historischen Gesetzgebers folgend deduktionsfähige Begriffe für eine Analogie der Vorschriften über das Rechtsgeschäft sucht, muß der nach ihrer Ansicht zum Rechtsgeschäft in einer Analogiebeziehung stehende Begriff der geschäftsähnlichen Handlung mit dem Rechtsgeschäft eine Gemeinsamkeit in der gesetzlich maßgeblichen Wertungsgrundlage haben. Die herrschende Meinung glaubt diese Gemeinsamkeit in dem psychologischen Willensmoment entdeckt zu haben; denn danach ist die geschäftsähnliche Handlung deshalb in Analogie zum Rechtsgeschäft zu behandeln, weil der Wille hier rechtsgeschäftsähnlich sei 150) 151).

Dagegen bestehen aber Bedenken. Zunächst könnte in dem Willensmoment nur dann die maßgebliche Gemeinsamkeit des Rechtsgeschäfts mit der geschäftsähnlichen Handlung liegen, wenn die Willensqualität in der geschäftsähnlichen Handlung rechtsgeschäftsähnlich wäre.

150) v. Tuhr, II 1, § 48, S. 112, geht sogar soweit, die ex lege eintretenden Rechtsfolgen bei der geschäftsähnlichen Handlung als Folgen einer Willenserklärung anzusehen.

151) Palandt-Danckelmann, § 8, Anm. 1.

Da der Wille in der geschäftsähnlichen Handlung nicht Geltungsgrund der Rechtsfolge ist, scheidet hierin eine Gemeinsamkeit mit dem Rechtsfolgewillen von vornherein aus.

Das zweite Charakteristikum des Rechtsfolgewillens ist seine Willensrichtung. Der Rechtsfolgewille setzt notwendigerweise die auf einen Rechtserfolg abzielende Willensrichtung voraus; denn er kann nur deshalb Geltungsgrund einer Rechtsfolge sein, weil und soweit diese gewollt ist. Hat aber der Wille in der geschäftsähnlichen Handlung eine rechtsgeschäftsähnliche Richtung und zielt er folglich auf einen rechtlichen Erfolg? Untersucht man die obigen Definitionen auf die geforderte Willensrichtung, so wird teilweise behauptet, daß der Wille im allgemeinen einen Bezug zu Rechtsverhältnissen habe. Andererseits wird aber auch eine nur auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtete Willensrichtung für die geschäftsähnliche Handlung verlangt ¹⁵²⁾. Jedenfalls fordert die herrschende Meinung keinen Willen, der auf einen Rechtserfolg gerichtet sein muß. Wenn aber der Rechtsfolgewille beim Rechtsgeschäft notwendigerweise auf einen Rechtserfolg abzielt, so kann von einer für die Entscheidungsdeduktion unerläßlichen Gemeinsamkeit ¹⁵³⁾ mit der geschäftsähnlichen Handlung nicht die Rede sein, wenn hier ein Wille ausreicht, der auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtet ist.

Der Wille beim Rechtsgeschäft und bei der geschäftsähnlichen Handlung hat somit keine für die Entscheidungs-

152) Z.B. ist bei der Mahnung der Wille auf den tatsächlichen Erfolg der Leistungshandlung gerichtet. Auf die Verzugsfolgen, also den Rechtserfolg der Mahnung, braucht sich der Wille nicht zu erstrecken; unstreitig siehe z.B. Palandt-Danckelmann, Überl. v. § 104 Anm. 1 d.

153) Ein anderer gemeinsamer Berührungspunkt ist nicht denkbar, wenn man auf den Willen abstellt.

deduktion erforderliche Gemeinsamkeit ¹⁵⁴⁾, unabhängig davon, ob der Wille überhaupt das maßgebliche Kriterium für die rechtliche Bewertung des Systems ist.

Die Unhaltbarkeit dieses Systems, das vom psychologischen Inhalt der juristischen Handlungen ausgeht, ergibt sich auch aus der Behandlung des Realakts. Wenn hier das Vorliegen oder zumindest die Relevanz des Willens geleugnet wird, so stimmt dies nicht. Auch die nach der herrschenden Meinung dem Realaktsbegriff untergeordneten Rechtsinstitute setzen einen Willen voraus, der mit gleicher Berechtigung auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtet ist, wie dies bei der geschäftsähnlichen Handlung behauptet wird. Das ergibt sich allein schon aus der Einordnung in das System der juristischen Handlungen. Die juristischen Handlungen setzen nämlich alle notwendigerweise einen Willen voraus ¹⁵⁵⁾. So geht der Wille des Verarbeiters auf den tatsächlichen Erfolg der Verarbeitung oder der des Finders auf die Annahme der Sache ¹⁵⁶⁾. Reicht aber nach der h.M. bei der geschäftsähnlichen Handlung ein auf den tatsächlichen Erfolg gerichteter Wille aus, um die Analogie zum Rechtsgeschäft zu begründen, so wird dieser Wille von ihr bei den Realakten als nicht vorhanden hinweginterpretiert. So werden nach

154) Bestände die von der herrschenden Meinung behauptete Gemeinsamkeit des psychologischen Willensmoments beim Rechtsgeschäft und bei der geschäftsähnlichen Handlung, so wären die gesetzlich scharf gezogenen Grenzen im Hinblick auf den Geltungsgrund einer Rechtsfolge verwischt. Das Gesetz geht im Bereich der rechtmäßigen Handlungen erkennbar von dem Geltungsgrund ex voluntate und ex lege aus. Der rechtsgeschäftsähnliche Willensinhalt der herrschenden Meinung läßt sich aber in diese klare Zweiteilung nicht einordnen. Welche bedenklichen dogmatischen Konstruktionen daraus entstehen können, siehe z.B. Fußnote 150 (S.42) dieser Arbeit.

155) Vgl. oben, S. 31 dieser Arbeit.

156) Beide Rechtsinstitute sind nach allgemeiner Ansicht Realakte.

der h.M. auf die danach geschäftsähnliche Handlung der Mahnung, bei der der Wille des Mahnenden auf den tatsächlichen Erfolg der Leistungserbringung durch den Schuldner gerichtet ist, §§ 104 ff. BGB analog übertragen, auf Fund und Verarbeitung dagegen nicht, obwohl das Willensmoment hier eine vergleichbare, nämlich auf einen tatsächlichen Erfolg abzielende Willensrichtung hat. Es besteht daher der Verdacht, daß die oben beispielhaft aufgezeigten Definitionsversuche nicht nur unklare Formulierungen von präzise Erkanntem sind, sondern das notwendige Ergebnis einer letztlich unklaren, nicht haltbaren Vorstellung von den Systembegriffen.

Die Tauglichkeit dieses Systems hängt davon ab, ob in dem Willensmoment das Kriterium für die Deduktion von Entscheidungen gesehen werden kann. Dies ist aber nur dann möglich, wenn es sich hierbei um eine gesetzlich anerkannte deduktionsfähige Wertungsgrundlage handelt. Geht man von dem gesetzlichen Systembegriff des Rechtsgeschäfts aus, so müßte hier der Rechtsfolgewille die gesetzliche Wertungsgrundlage für die gesetzliche Ableitung von Entscheidungen sein. Der Rechtsfolgewille kann aber nur dann eine Wertungsgrundlage sein, wenn er nicht seinerseits wiederum das Ergebnis einer Wertungsgrundlage ist.

Wie bereits oben ausgeführt, ist der Rechtsfolgewille der Ausdruck gesetzlicher Gewährung privatautonomer Selbstbestimmung; das Gesetz gibt dem einzelnen das Recht zur Selbstbestimmung aufgrund der Bewertung der beteiligten Interessen. Die Rechtsinstitute, die einer privatautonomen Regelungsbefugnis unterliegen, sind dadurch gekennzeichnet, daß hier grundsätzlich nur die Individualinteressen der Beteiligten berührt werden, wohingegen allgemeine Interessen grundsätzlich nicht im Spiele sind ¹⁵⁷⁾. Deshalb hat

157) Flume, Das Rechtsgeschäft, § 1, 6 a .

das Gesetz die Individualinteressen, das innere Strukturmerkmal beim Rechtsgeschäft, durch Gewährung privatautonomer Regelungsbefugnis privilegiert. Das Rechtsgeschäft ist somit durch das Selbstbestimmungsrecht zu charakterisieren, das im Rechtsfolgewillen, dem äußeren Strukturmerkmal beim Rechtsgeschäft, sichtbar wird ¹⁵⁸⁾; dies ist aber die Folge der Bewertung der Individualinteressen durch das Gesetz. Wertungsgrundlage des Rechtsgeschäfts sind die Individualinteressen, aus denen das Gesetz seine Entscheidung zugunsten der Privatautonomie deduziert hat. Der Rechtsfolgewille ist somit das Ergebnis der von den Individualinteressen geprägten Wertungsgrundlage und nicht Wertungsgrundlage selbst ¹⁵⁹⁾.

158) Manigk, Das Anwendungsgebiet, S. 21. Im jüngsten Schrifttum betont besonders scharf Flume, in Festschrift, S. 147; AcP Band 161, S. 60, die "Selbstbestimmung" des einzelnen beim Rechtsgeschäft. Zu den zahlreichen Streitpunkten in der Rechtsgeschäftslehre, insbesondere der Behandlung des "rechtlich relevanten Verhaltens", braucht vorliegend keine Stellung genommen zu werden, da hier die Systembildung von der Interessenstruktur der juristischen Handlung ausgeht und diese von subjektiven Erfordernissen nicht berührt wird; zu diesem Streit vgl. die Beispiele bei Bydlinski, Die Privatautonomie, S. 12 ff.

159) Außer der gesetzlichen Wertentscheidung zugunsten der Privatautonomie hat das Gesetz in einer Reihe von Gesetzesvorschriften den Rahmen abgesteckt, innerhalb dessen eine Ordnung der Individualinteressen erfolgen kann; so sind die §§ 104 ff. BGB nur denkbar als "Rahmenvorschriften", soweit es sich um die Ordnung und Regelung von Individualinteressen handelt. Sie dienen dabei der Abwendung von Gefahren von einem bestimmten Personenkreis, bei dem das Gesetz mangelnde Einsichts- und Urteilsfähigkeit präsümiert. Die §§ 104 ff. BGB dienen somit dem Individualinteressenschutz der darin genannten Altersgruppen, denen Gefahren von der "rechtssetzenden" Kraft des Willens drohen würden; eine Analogie der §§ 104 ff. BGB auf nicht rechtsgeschäftliche Handlungen ist nur aus einer vergleichbaren Schutzbedürftigkeit zu begründen. Das Willensmoment kann bei nicht rechtsgeschäftlichen Handlungen nicht das tertium comparationis für eine

Geht man bei der Systembildung vom Rechtsgeschäfts= begriff aus, wie es auch die h.M. tut, und systematisiert man mit dem Ziel, eine analoge Übertragung von "rechtsge= schäftlichen" Normen auf nicht rechtsgeschäftliche Hand= lungen zu ermöglichen, so ist die Willensqualität ¹⁶⁰⁾ einer juristischen Handlung als Wertungsgrundlage nicht brauchbar. Das Sytem der h.M. ist für eine Deduktion von Analogieentscheidungen nicht geeignet.

II. Das System der vorliegenden Arbeit

Bei der Systematisierung der nicht rechtsgeschäftli= chen Handlungen ist von zwei Zielen auszugehen. Einmal hat sie die Erfassung der äußeren und inneren Struktur der nicht rechtsgeschäftlichen juristischen Handlungen zu die= nen, und zum anderen soll die Möglichkeit für eine Analogie der Vorschriften über das Rechtsgeschäft auf nicht rechts= geschäftliche Handlungen geschaffen werden. Der zweite Zweck bedingt eine Erfassung der Struktur nicht rechtsge= schäftlicher Handlungen unter dem Blickwinkel einer mög= lichen Analogie.

Das äußere Strukturmerkmal der nicht rechtsgeschäft= lichen juristischen Handlungen ergibt sich aus der Negation der äußeren Rechtsgeschäftsstruktur : Während das Rechts= geschäft ein Akt der Selbstbestimmung ist, fehlt den nicht rechtsgeschäftlichen Handlungen dieses Merkmal; denn die

Fortsetzung der Fußnote 159) von S. 46

Analogiebegründung sein, weil die Rechtsordnung dem Willen bei nicht rechtsgeschäftlichen Handlungen keine rechtssetzenden und somit eine Gefahren be= inhaltende Kraft verleiht.

- 160) Ablehnend auch v. Hippel, Privatautonomie, S. 29; Danach lasse sich über die Gedanken- und Wunschwelt, aus der heraus eine Person im Einzelfalle etwas un= ternimmt, a priori niemals etwas aussagen.

Rechtsfolgen werden vom Gesetz selbst bestimmt. Die nicht rechtsgeschäftlichen juristischen Handlungen beruhen nämlich nicht auf dem Rechtsfolgewillen.

Untersucht man die nicht rechtsgeschäftlichen Handlungen entsprechend der beim Rechtsgeschäft vorgezeichneten Bewertungsrichtung auf ihre innere Struktur hin, so findet man zahlreiche juristische Handlungen, die eine mit dem Rechtsgeschäft zu vergleichende Individualinteressenstruktur haben. Dabei handelt es sich regelmäßig um einseitige Handlungen, die im Hinblick auf eine schuldrechtliche Beziehung erfolgen ¹⁶¹⁾. Der Handelnde will damit zumeist seine Rechte sichern; in jedem Fall werden dabei grundsätzlich nur die Interessen der Beteiligten betroffen ¹⁶²⁾.

Demgegenüber stehen juristische Handlungen, bei denen zumindest gleichwertig neben den Interessen der Beteiligten auch Allgemeininteressen berührt werden ¹⁶³⁾. Allgemeininteressen sind u.a. dann betroffen, wenn es um die

161) Als Beispiele seien genannt : Mahnung, Fristsetzung, Aufforderung zur Genehmigung eines Rechtsverhältnisses, Mitteilungen wie §§ 171, 409 BGB, Mangelrüge.

162) Aus diesem Grund hätte bei diesen Handlungen entsprechend der gesetzlichen Bewertung der Individualinteressen bei Rechtsgeschäften auch hier eine Rechtsgeschäftsregelung nahe gelegen, Klein, a.a.O., S. 19. Das Gesetz hat aber statt der möglichen Rechtsgeschäftsregelung eine mit ex lege ausgestattete Rechtsfolgewirkung als zweckmäßiger angesehen. Dadurch wird bei den einseitigen Handlungen ein Streit vermieden, der sich aus der häufig praktisch unmöglichen Feststellung des Rechtsfolgewillens ergeben würde. Die ex lege - Wirkung dient daher hier gerade der besseren Verwirklichung der Individualinteressen, so daß die Regelung letztlich von einer privatautonomen Grundlage ausgeht. Staudinger-Coing, Einl. § 104, Rdnr. 20 b, sagt : Diese Handlungen liegen im Randgebiete der Rechtsgeschäfte.

163) Die Interesseneinteilung ist aber nicht mathematisch exakt durchführbar; denn Individualinteressen sind kein kontradiktorischer Gegensatz von Allgemeininteressen. Auch die Verwirklichung von Individualinteressen kann im allgemeinen Interesse liegen. Die Abgrenzung ist daher eine Bewertung der höher zu

dingliche Zuordnung einer Sache geht ¹⁶⁴⁾; bei Handlungen, die Anknüpfungspunkt für sonstige Rechtswirkungen von allgemeiner Bedeutung sind ¹⁶⁵⁾, oder bei denen die Rechtsordnung in einem Konflikt steht, der sie zu einer Abwägung der höher zu bewertenden Interessen zwingt ¹⁶⁶⁾. Die rechtmäßigen juristischen Handlungen lassen sich im wesentlichen auf diese beiden Gruppen zurückführen.

Welche Konsequenzen ergeben sich hieraus für eine Analogie von rechtsgeschäftlichen Normen auf nicht rechtsgeschäftliche juristische Handlungen? Die Analogie setzt, wie oben bereits gesagt ¹⁶⁷⁾, bei dem zu regelnden Tatbestand eine Gleichheit in dem Punkt voraus, der für die rechtliche Bewertung der analog zu übertragenen Grundsätze maßgebend ist. Da es um die Analogie von Vorschriften geht, die auf das Rechtsgeschäft Anwendung finden, muß nach der maßgeblichen Gemeinsamkeit zwischen Rechtsgeschäft und nicht rechtsgeschäftlichen juristischen Handlungen gesucht werden.

In der äußeren Struktur haben das Rechtsgeschäft und die nicht rechtsgeschäftlichen juristischen Handlungen keine Gemeinsamkeit ¹⁶⁸⁾, ganz davon abgesehen, daß die äußere Struktur für die rechtliche Bewertung des Rechtsgeschäfts nicht die entscheidende Wertungsgrundlage ist ¹⁶⁹⁾.

Fortsetzung der Fußnote 163) von Seite 48
veranschlagenden Interessen bei einer konkreten juristischen Handlung.

164) Z.B. Verarbeitung, § 950 BGB .

165) Z.B. Wohnsitzbegründung, § 7 BGB; Besitzerwerb §§ 854 ff. BGB.

166) Z.B. Notstandshandlung, § 904 BGB. Die Rechtsordnung hat hier auf der einen Seite den Rechtsfrieden und die Interessen desjenigen, der den Eingriff in seine Rechtsgüter erleidet, abzuwägen, auf der anderen die Interessen des Verletzers, der durch den Eingriff Schaden von sich abwenden will.

167) Siehe Fußnote 123), S. 36.

168) Siehe S. 47 .

169) Anders die h.M. ; siehe auch S. 45 f.

Abgestellt werden muß auf die Wertungsgrundlage des Rechtsgeschäfts; dies sind wie oben gezeigt, die betroffenen Individualinteressen (innere Struktur des Rechtsgeschäfts). Daraus ergibt sich die Konsequenz : Soweit juristische Handlungen die gleiche Interessenstruktur haben wie das Rechtsgeschäft, können diese Handlungen auf Grund ihrer Gemeinsamkeit in dem für die rechtliche Wertung maßgeblichen Kriterium grundsätzlich ¹⁷⁰⁾ analog dem Rechtsgeschäft behandelt werden ¹⁷¹⁾ ¹⁷²⁾.

Für die hier besonders interessierende Frage nach der Anwendbarkeit der Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit ergibt sich folgendes : §§ 104 ff. BGB finden Anwendung, soweit es um die Ordnung und Regelung der Individualinteressen geht. Ihrer Funktion nach zielen sie auf die Abwendung von Gefahren, die einem bestimmten Personenkreis drohen, bei dem das Gesetz mangelnde Einsichts- und Urteilsfähigkeit präsumiert. Da nicht rechtsgeschäftliche Handlungen mit Individualinteressenstruktur ¹⁷³⁾ der Ordnung und Regelung dieser Interessen dienen, wenn auch nicht ex voluntate sondern ex lege, so ist hier die gleiche Schutzsituation von der Interessenslage her gegeben. Die Analogie ist daher erforderlich.

170) Eine Analogie ist bei den nicht rechtsgeschäftlichen Handlungen dann ausgeschlossen, wenn rechtsgeschäftliche Normen von dem Selbstbestimmungsrecht (Rechtsfolgewille) ausgehen. So scheiden von vornherein die Anfechtungsregeln aus; denn diese setzen notwendigerweise das Selbstbestimmungsrecht des Handelnden voraus.

171) Enneccerus-Nipperdey, § 137 IV 2; allerdings widersprüchlich : während er am angegebenen Orte die Analogie von der Interessensgleichheit abhängig macht, begründet er in § 207 die Analogie aus der Ähnlichkeit des "geistigen Vorgangs".

172) Die so begründete Analogie ist unabhängig von der Willensqualität des Handelnden und braucht somit keinen Willensinhalt zu unterstellen.

173) Siehe Beispiele Fußnote 161, S.48.

Diejenigen juristischen Handlungen, bei denen zumindest gleichwertig neben den Interessen der Beteiligten auch Allgemeininteressen berührt werden, sind auf Grund ihrer zum Rechtsgeschäft unterschiedlichen Interessenstruktur von einer Analogie ausgeschlossen.

Die erste Gruppe soll der h.M. folgend, mit dem anschaulichen die Rechtsgeschäftsnahe anzeigenden Begriff der geschäftsähnlichen Handlung bezeichnet werden; die zweite soll zur Vermeidung weiterer Begriffsverwirrung farblos als Realakt benannt werden ¹⁷⁴⁾.

Faßt man die gefundenen Ergebnisse der bisherigen Untersuchung zusammen, so ergibt sich folgendes Bild : Die rechtmäßigen juristischen Handlungen lassen sich auf ein System zurückführen, aus dem Entscheidungen ableitbar sind. Das System setzt sich zusammen aus Rechtsgeschäften, geschäftsähnlichen Handlungen und Realakten. Dabei ist das Rechtsgeschäft der gesetzlich gebrauchte Begriff zur Erfassung von juristischen Handlungen, die eindeutig von den Individualinteressen der Beteiligten bestimmt werden. Daraus leitet das Gesetz für das Rechtsgeschäft einmal die Entscheidung zugunsten der Privatautonomie und somit das Erfordernis eines Rechtsfolgewillens ab; zum anderen in Ergänzung und Abgrenzung stellt das Gesetz "rechtsgeschäftliche" Normen auf. Geschäftsähnliche Handlungen und Realakte sind Systembegriffe zur Erfassung derjenigen juristischen Handlungen, bei denen das Gesetz den Beteiligten keine autonome Regelungsmacht

174) Die Terminologie der h.M. soll auch deshalb übernommen werden, weil die von der Interessenstruktur dem Rechtsgeschäft verwandten juristischen Handlungen im Ergebnis grundsätzlich den Handlungen entsprechen, bei denen die herrschende Meinung ein analogietragendes Willensmoment annimmt.

gegeben hat. Von der Interessenstruktur unterscheiden sich beide; während die geschäftsähnliche Handlung der Systembegriff zur Erfassung der juristischen Handlungen ist, bei denen das Gesetz privatautonome Regelungsbefugnis nicht gewährt, obwohl die Handlungen auf einer Individualinteressenstruktur aufbauen ¹⁷⁵⁾, ist der Realakt der Systembegriff zur Erfassung derjenigen Handlungen, die einer privatautonomen Regelung nicht unterliegen, weil neben Individualinteressen zumindest gleichwertig auch Allgemeininteressen berührt werden. Die so beschriebene Interessenlage bei der geschäftsähnlichen Handlung und dem Realakt gibt diesen Begriffen Deduktionswert : Auf geschäftsähnliche Handlungen sind die Vorschriften über das Rechtsgeschäft grundsätzlich analog anzuwenden; eine Analogie scheidet dagegen beim Realakt aus.

Von diesem System soll im folgenden ausgegangen werden.

III. Der Standort der Geschäftsführung ohne Auftrag im System

Das Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag soll nunmehr näher untersucht werden mit dem Ziel der Unterordnung unter einen der oben ermittelten Systembegriffe. Das Institut beruht nach heute völlig herrschender Meinung auf drei Tatbestandsvoraussetzungen. Es muß sich um eine Geschäftsbesorgung handeln, der Geschäftsführer muß den Willen haben, für einen anderen zu handeln und er darf nicht vom Geschäftsherrn beauftragt oder ihm gegenüber

175) Zum legislatorischen Grund siehe Fußnote 162, S. 48.

zur Geschäftsführung berechtigt sein ¹⁷⁶⁾. Liegen diese Voraussetzungen vor, so werden eine Reihe von Rechtsfolgen ausgelöst; auf der einen Seite die Pflichten des Geschäftsführers, §§ 677 - 682 BGB, auf der anderen seine Rechte, die sich wiederum danach richten, ob die Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht, § 683 BGB.

a) Die Geschäftsführung ohne Auftrag
und das Rechtsgeschäft

Die Geschäftsführung ohne Auftrag könnte eine Rechtsgeschäft sein. In der älteren Literatur ¹⁷⁷⁾ wurde diese Auffassung häufig vertreten. Dieses Ergebnis glaubte man mit folgenden Gründen zu beweisen: Der Geschäftsführer müsse den Willen haben, Aufwendungsersatz zu begehren ¹⁷⁸⁾; denn dies folge aus § 685 BGB ¹⁷⁹⁾. Ein Ersatzwille müsse aber rechtsgeschäftlicher Natur sein, womit zugleich die rechtsgeschäftliche Rechtsnatur des Instituts der Geschäftsführung ohne Auftrag bewiesen sei. Sodann könne der Geschäftsführer eine rechtswidrige Geschäftsführung ohne Auftrag genehmigen, § 684 S. 2 BGB. Die Genehmigung sei eine Willenserklärung nach §§ 182 ff. BGB und daher müsse die juristische Handlung, auf die sich die Willenserklärung beziehe, auch ein Rechtsgeschäft sein ¹⁸⁰⁾. Sodann folge

176) Palandt-Gramm, § 677, Anm. 2 und 3.

177) Baring, Sachs. Archiv Bd. 14, S. 529 ff.; Endemann, Lehrbuch I, § 178, Fußnote 3; Hellmann in Jherings Band 42, S. 441; Henle, Lehrbuch II, § 21 III; Lent, Geschäftsführung ..., S. 52.

178) Endemann, a.a.O., § 178, Fußnote 3.

179) § 685 I BGB: "Dem Geschäftsführer steht ein Anspruch nicht zu, wenn er nicht die Absicht hatte, von dem Geschäftsherrn Ersatz zu verlangen".

180) Gräfenkämper, Diss., S. 52; Endemann, a.a.O., § 178.

die rechtsgeschäftliche Rechtsnatur der Geschäftsführung ohne Auftrag aus § 682 BGB. Darin werde auf die Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung verwiesen, wenn der Geschäftsführer noch nicht voll geschäftsfähig ist. Da die Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung der Rückabwicklung nicht zur Entstehung gelangter Rechtsgeschäfte dienen, folge daraus, daß die Geschäftsführung eines nicht voll Geschäftsfähigen nichtig sei. Aus der Möglichkeit einer nichtigen Geschäftsführung ohne Auftrag ergebe sich die rechtsgeschäftliche Rechtsnatur des Instituts ¹⁸¹⁾.

Weiterhin wird aus dem Wortlaut des § 682 BGB gefolgert, daß die Geschäftsführung ohne Auftrag zur wirksamen Vornahme die Geschäftsfähigkeit des Geschäftsführers verlange. Von dem Erfordernis der Geschäftsfähigkeit wird auf die rechtsgeschäftliche Rechtsnatur der Geschäftsführung ohne Auftrag geschlossen ¹⁸²⁾.

Letztlich wird zum Beweise auf § 179 Abs. 3 BGB verwiesen. Danach kann der gesetzliche Vertreter das Tätigwerden des Vertreters ohne Vertretungsmacht genehmigen. Die Genehmigung beziehe sich auf das innere Verhältnis des Vertreters ohne Vertretungsmacht zum Vertretenen. Dieses Verhältnis sei eine Geschäftsführung ohne Auftrag. Die mögliche Zustimmung des gesetzlichen Vertreters sei rechtsgeschäftlicher Natur und unterliege den Vorschriften der §§ 182 ff. BGB. Aus der rechtsgeschäftlichen Zustimmungsmöglichkeit folge die Rechtsgeschäftsnatur der Geschäftsführung ohne Auftrag ¹⁸³⁾.

181) Rehbein, I, S. 104.

182) Baring, Sächs. Archiv Bd. 14, S. 529 ff.

183) Lent, a.a.O., S. 53.

Zu diesen Argumenten soll zunächst Stellung genommen werden.

Ist der Wille des Geschäftsführers, Ersatz seiner Aufwendungen vom Geschäftsherrn zu verlangen, eine Voraussetzung der Geschäftsführung ohne Auftrag, und folgt dies aus § 685 BGB ? Die Frage muß verneint werden. Nach § 677 BGB hat die Geschäftsführung ohne Auftrag lediglich die drei oben genannten Voraussetzungen, wobei als subjektives Tatbestandsmerkmal der Wille ausreicht, für einen anderen ein Geschäft zu besorgen ¹⁸⁴⁾. Weitergehende subjektive Erfordernisse bestehen nicht. Etwas anderes läßt sich auch nicht aus § 685 BGB herleiten. Dort ist lediglich bestimmt, daß der Geschäftsführer den Ersatzanspruch nicht erwirbt, wenn er bei der Geschäftsführung die Absicht gehabt hat, keinen Ersatz zu beanspruchen. Daraus folgt zwingend durch Gegenschluß, daß der Geschäftsführer auch dann den Ersatzanspruch erlangt, wenn er sich im Hinblick auf seine Aufwendungen keine Gedanken gemacht hat ¹⁸⁵⁾. Aus § 685 BGB kann somit nicht das Erfordernis eines rechtsgeschäftlichen, auf Ersatz gerichteten Geschäftsführerwillens abgeleitet werden; aus § 685 BGB folgt vielmehr im Gegenteil, daß ein Ersatzwille nicht erforderlich ist ¹⁸⁶⁾.

Läßt sich die rechtsgeschäftliche Rechtsnatur der Geschäftsführung ohne Auftrag aus der Genehmigungsmöglichkeit nach § 684 S. 2 BGB beweisen ? Das wäre nur dann der Fall, wenn die gesetzlich geforderte Genehmigung eine

184) animus negotia aliena gerendi; das BGB verzichtet somit auf den animus recipiendi bzw. obligandi, den die gemeinrechtliche negotiorum gestio voraussetzte, s. oben S. 20 f.

185) Mösch, Diss., S. 39.

186) Manigk, Willenserklärung, S. 686; Pürschel, Diss., S. 24.

Willenserklärung nach §§ 182 ff. BGB wäre ¹⁸⁷⁾. Dann würde nämlich die rechtsgeschäftliche Genehmigung notwendigerweise einen auf die Rechtsfolgen des Hauptgeschäfts gerichteten Rechtsfolgewillen haben, und dieses Hauptgeschäft wäre ein Rechtsgeschäft ¹⁸⁸⁾. Der Schluß von der rechtsgeschäftlichen Rechtsnatur der Genehmigung des § 684 S. 2 BGB, auf die Rechtsgeschäftsnatur der Geschäftsführung ohne Auftrag ist aber nur dann zwingend, wenn das Gesetz die Genehmigung im rechtstechnischen Sinne der §§ 182 ff. BGB versteht. Davon kann man nicht ausgehen. Das Gesetz verwendet auch an anderen Stellen den Begriff der Genehmigung im untechnischen Sinne. So handelt es sich bei der Genehmigung des § 1001 BGB ¹⁸⁹⁾ unstreitig um eine nichtrechtsgeschäftliche Erklärung. Aus der Möglichkeit einer Genehmigung in § 684 S. 2 BGB lassen sich somit keine zwingenden Beweise für die rechtsgeschäftliche Natur der Geschäftsführung ohne Auftrag ableiten.

Auch die Beweisführungen aus § 682 BGB überzeugen nicht. Die Argumentation, das Gesetz regele durch die Verweisung des § 682 BGB auf die Vorschriften einer ungerechtfertigten Bereicherung die Rückabwicklung eines nichtigen Rechtsgeschäfts, nämlich einer nichtigen Geschäftsführung ohne Auftrag, ist nicht haltbar. Würde das Gesetz in § 682 BGB von einer solchen Situation ausgehen, so wäre die Vorschrift überflüssig. Die Möglichkeit einer Rückabwicklung von nichtigen Rechtsgeschäften ergibt sich bereits aus den §§ 812 ff. BGB.

187) Dieser Auffassung sind außer den in Fußnote 180 genannten Autoren : Schmidt, Diss., S. 48; Brückmann, Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag, S. 165; Motive II, S. 867.

188) Manigk, Rechtswirksames Verhalten, S. 517.

189) In § 1001 BGB regelt das Gesetz die Genehmigung von Verwendungen.

Von größerer Bedeutung ist die These, § 682 BGB ver= lange für eine wirksame Geschäftsführung die Geschäfts= fähigkeit; aus dem Erfordernis der Geschäftsfähigkeit könne man auf die Rechtsgeschäftsnatur der Geschäftsfüh= rung ohne Auftrag rückschließen. Dagegen ist zu sagen, daß der Wortlaut des § 682 BGB nicht die Unwirksamkeit einer Geschäftsführung ohne Auftrag beweist, sofern der Geschäfts= führer nicht voll geschäftsfähig ist. Es ist auch möglich, in § 682 BGB eine Vorschrift zu sehen, die dem benannten Personenkreis eine Haftungserleichterung bringt, ohne aber dessen Rechte aus der Geschäftsführung zu beschränken ¹⁹⁰⁾. Die entscheidende Schwäche dieser These liegt jedoch darin, daß der Schluß von dem Erfordernis der Geschäfts= fähigkeit auf die Rechtsgeschäftsnatur nicht zwingend ist. Geschäftsfähigkeit erfordert grundsätzlich auch die ge= schäftsähnliche Handlung, und sogar auf einen Realakt können die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit An= wendung finden, sofern das Gesetz dies vorschreibt. So er= fordert nach § 7 BGB die Begründung eines Wohnsitzes die Geschäftsfähigkeit, obwohl es sich hierbei um einen Real= akt handelt ¹⁹¹⁾. Aus § 682 BGB läßt sich somit auch nicht die Rechtsgeschäftsnatur der Geschäftsführung ohne Auftrag beweisen.

190) Klein, Die Rechtshandlungen, S. 90; Dorn, Diss., S. 47; Flume, Rechtsgeschäft, § 13 11 e.

191) Die Rechtsnatur der Wohnsitzbegründung ist streitig. Die h.M. sieht darin eine geschäftsähnliche Hand= lung, Palandt-Danckelmann, § 8 Anm.1; Enneccerus-Nipperdey, § 137, A. 15. Die h.M. kommt zu diesem Ergebnis, weil sie auch hier aus dem gesetzlichen Erfordernis der Geschäftsfähigkeit Rückschlüsse auf die Rechtsnatur der juristischen Handlungen zieht. Eine geschäftsähnliche Handlung kann hier aber nicht vorliegen, weil vorliegend keine Individualinter= essen im Spiel sind, s. oben, S.50 f. Hier herr= schen allgemeine Interessen vor, weil der Wohnsitz Anknüpfungspunkt für viele gesetzliche Regelungen ist, z.B. Gerichtszuständigkeit, Verwaltungszustän= digkeiten, Steuern etc. Die Begründung eines Wohn= sitzes ist somit ein Realakt; im Ergebnis auch

Letztlich kann auch die Beweisführung aus § 179 Abs.3 BGB nicht überzeugen. Zwar besteht zwischen dem falsus procurator und dem Vertretenen grundsätzlich die Rechtsbeziehung einer Geschäftsführung ohne Auftrag; gleichwohl hat die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters für diese Beziehungen keine Bedeutung. Diese Genehmigung wird vom Gesetz nur verwertet und mit rechtlicher Bedeutung versehen für das Verhältnis des Minderjährigen zum Vertragsgegner, nicht aber für das innere Verhältnis des minderjährigen falsus procurator zum Vertretenen ¹⁹²⁾. Aus § 179 Abs. 3 BGB läßt sich nicht die Rechtsnatur der Geschäftsführung ohne Auftrag herleiten.

Zieht man eine kurze Zwischenbilanz, so beweist keines der vorgetragenen Argumente die These von der Rechtsgeschäftsnatur der Geschäftsführung ohne Auftrag. Dabei war diesen Beweisführungen ein methodischer Fehler gemeinsam; in allen Fällen versuchte man aus einzelnen Normen Rückschlüsse auf die Rechtsnatur der Geschäftsführung ohne Auftrag zu ziehen. Dieser Weg ist aber methodisch nicht haltbar; denn Ausgangspunkt muß das Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag sein. Dabei ist zu untersuchen, ob dieses Institut die Merkmale eines Rechtsgeschäftes aufweist.

Das Rechtsgeschäft beruht, wie oben ausgeführt, auf der Erfassung aller juristischen Handlungen, deren Rechtsfolgen deshalb eintreten, weil und soweit sie gewollt sind. Das Rechtsgeschäft verlangt somit als äußeres Strukturmerkmal den Rechtsfolgewillen ¹⁹³⁾. Dieser Rechtsfolgewille ist wiederum durch zwei Kriterien gekennzeichnet :

Fortsetzung der Fußnote 191) von Seite 57

v.Tuhr, § 48 II 1 c; Flume, Rechtsgeschäft, § 9 2 a 2 c; Larenz, Allgemeiner Teil BGB, § 32, S. 495.

192) Pürschel, Diss., S. 22.

193) Siehe die Zusammenfassung, S. 51 dieser Arbeit.

Die Willensrichtung geht auf einen rechtlichen Erfolg und der eingetretene rechtliche Erfolg ist auf den Rechtsfolge= willen zurückzuführen 194) 195).

Bevor die Geschäftsführung ohne Auftrag auf diese Kriterien hin überprüft wird, muß zunächst betont werden, daß die subjektiven Erfordernisse eines Institutes sowohl im Umfang als auch in Richtung allein vom Gesetz bestimmt werden 196). Weiterhin ist festzuhalten, daß auch dann, wenn der Wille des Handelnden auf einen rechtlichen Erfolg gerichtet ist, gleichwohl kein Rechtsfolgewille und folglich auch kein Rechtsgeschäft vorliegt, wenn der Rechtserfolg unabhängig von der Willensrichtung allein aufgrund gesetzlicher Anordnung eintritt; denn der Handelnde kann einem Institut, bei dem die Rechtsfolgen vom Gesetz festgesetzt werden, nicht dadurch die rechtsgeschäftliche Natur geben, daß er die gesetzlich angeordneten Rechtsfolgen als seinem Willen entsprechend will 197).

Verlangt das Gesetz bei dem Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag den Rechtsfolgewillen? Dieses richtet sich nach der gesetzlich vorformulierten Willensrichtung und nach dem Geltungsgrund der Rechtsfolgen.

Das Gesetz verlangt, daß der Geschäftsführer "ein Geschäft für einen anderen besorgt", § 677 BGB. Daraus folgt

194) Dabei kann sich der Rechtsfolgewille sowohl in Form der Selbstbestimmung als bewußt gewolltes Setzen einer Rechtsfolge äußern, als auch in der Zurückführung auf die "Selbstverantwortung als Teil der Selbstbestimmung". Letzteres ist von Bedeutung bei irrtümlichen Erklärungsakten, Flume, Rechtsgeschäft, § 48, S. 59 ff.

195) v.Tuhr, II 1, § 50, S. 161.

196) Manigk, Rechtswirksames Verhalten, S. 478 f.

197) v.Tuhr, II 1, § 48, S. 106 f; Klein, a.a.O., S.20; Manigk, Rechtswirksames Verhalten, S. 479.

noch nicht zwingend ein subjektives Erfordernis für die Geschäftsführung ohne Auftrag ¹⁹⁸⁾; ein eindeutiges Ergebnis ergibt sich, wenn man § 677 BGB im Zusammenhang mit § 687 Abs. 1 BGB liest. Darin wird der Fall der Führung eines objektiv fremden Geschäfts behandelt, bei dem der Handelnde den Willen hat, ein eigenes Geschäft zu führen. In diesem Fall liegt eine Geschäftsführung ohne Auftrag nicht vor. Da ein objektiv fremdes Geschäft nur entweder als fremdes oder als eigenes geführt werden kann, folgt für die Geschäftsführung ohne Auftrag aus den §§ 677, 687 Abs. 1 BGB das Erfordernis eines Fremdgeschäftsführerwillens ¹⁹⁹⁾. Der Geschäftsführer muß also den Willen haben, ein objektiv fremdes Geschäft für den Geschäftsherrn zu führen ²⁰⁰⁾. Damit ist zunächst für die Geschäftsführung ohne Auftrag das Erfordernis eines subjektiven Tatbestandsmerkmals erwiesen.

Für die Bestimmung der Rechtsnatur der Geschäftsführung ohne Auftrag ist aber die Beantwortung folgender Frage von Bedeutung : Zielt die gesetzlich vorformulierte Willensrichtung auf einen rechtlichen Erfolg oder handelt es sich um ein tatsächlich, wirtschaftliches Ziel ?

Aus den möglichen Gegenständen der Geschäftsführung läßt sich die Frage nicht beantworten; denn das Gesetz hat

198) Goldmann-Lilienthal, § 188 II, verlangt daher nur einen objektiven Tatbestand, weil er § 677 BGB objektiv auslegt.

199) Freund, Diss., S. 16; Isensee, Diss., S. 19; Motive II, S. 856.

200) Abzulehnen ist Isay, Geschäftsführung, S. 104, da nach sei zum Tatbestand einer Geschäftsführung ohne Auftrag lediglich das Bewußtsein, nicht dagegen der Wille erforderlich, ein fremdes Geschäft zu führen. Seine Auffassung entspricht nicht der gesetzlichen Regelung. Richtig : Isensee, Diss., S. 19; Malinski, Diss., S. 8; Moesch, Diss., S. 14. Das Tatbestandsmerkmal des Geschäftsführerwillens ist allerdings bedauerlicherweise in das Bürgerliche Gesetzbuch übernommen worden, s. auch S. 24.

alle Formen der Geschäftsführung zu einem einheitlichen Institut zusammengefaßt ²⁰¹⁾ und geht somit auch von einem

201) Dies übersicht Diederichsen in MDR 1964 S. 891. Er will die Geschäftsführung ohne Auftrag in die Typen einer tatsächlichen und einer rechtsgeschäftlichen Geschäftsführung aufteilen mit der Folge, daß die rechtsgeschäftliche Geschäftsführung analog den §§ 104 ff. BGB behandelt wird, während die tatsächliche Geschäftsführung keine besondere Handlungsfähigkeit für den Geschäftsführer voraussetzt. Diederichsen schafft damit zwei Geschäftsführungsinstitute, die verschiedenen Grundsätzen unterliegen.

Das Gesetz geht aber von einer einheitlichen Geschäftsführung aus, die sowohl rechtsgeschäftliche als auch tatsächliche Handlungen umfaßt, Motive II, S. 855. Daraus ergibt sich, daß für das Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag die Qualifikation der Handlung, die der Geschäftsführung zugrunde liegt, unmaßgeblich ist, Enneccerus-Lehmann, § 165 V. Erforderlich ist lediglich eine Handlung, die ein fremdes Geschäft darstellt. Diederichsen trägt mit der Unterscheidung "tatsächlich - rechtsgeschäftlich" ein Kriterium in die Geschäftsführung ohne Auftrag, das vom Gesetz gerade für unerheblich erklärt wird; er sprengt damit die Einheit des Rechtsinstituts. Seine Typenbildung in der Geschäftsführung ohne Auftrag ist contra legem. Zum anderen ist das Ergebnis von Diederichsen höchst unbillig; denn danach erwirbt der minderjährige Geschäftsführer bei einer rechtsgeschäftlichen Geschäftsführung keinen Aufwendungsersatzanspruch, während er bei einer tatsächlichen Geschäftsführung den Ersatzanspruch erlangt. Für diese Unterscheidung ist aber kein billiger Grund ersichtlich. Wenn z.B. ein minderjähriger Geschäftsführer Waren eines Dritten (Geschäftsherrn) veräußert, die ohne sein Eingreifen verdorben wären, so muß er den Aufwendungsersatzanspruch für die ihm aus dem Geschäftsabschluß entstandenen Kosten (z.B. Fahrtkosten) mit gleicher Berechtigung bekommen, wie ein minderjähriger Geschäftsführer, der nach Diederichsen Ersatz seiner Aufwendungen dann erlangt, wenn er in dem Beispielsfall durch rechtzeitige Benachrichtigung, also durch tatsächliches Handeln, den Schaden des Geschäftsherrn abwendet. Hier zu differenzieren führt sogar zu einem unbilligerem Ergebnis als es von der h.M. vertreten wird, die konsequent jeden Ersatzanspruch ablehnt. - Gleiches gilt für Hauß, der sich Diederichsen in der 4. Aufl. von Erman, § 682, Anm. 2 angeschlossen hat.

einheitlich strukturierten Geschäftsführungswillen aus. Die Geschäftsführung kann sich daher sowohl auf tatsächliche als auch auf rechtliche Gegenstände richten ²⁰²⁾; dies führt aber nicht dazu, daß der Geschäftsführungswille in dem einen Fall auf einen Rechtserfolg abzielt, wohingegen das andere Mal der Wille auf wirtschaftliche Folgen gerichtet ist mit der Konsequenz, daß verschiedene Willensrichtungen verschiedene Rechtsnaturen der Geschäftsführung ohne Auftrag bedingen würden. Geht man von dem gesetzlichen Erfordernis eines Willens aus, ein Geschäft für einen anderen zu besorgen, so muß der Geschäftsführer lediglich den Willen haben, für den Geschäftsherrn tätig zu werden ^{203) 204)}. Er muß in den Lebensbereich des Geschäftsherrn mit dem Willen eingreifen, ein Geschäft für ihn zu führen. Die gesetzlich vorformulierte Willensrichtung zielt somit auf den tatsächlichen Erfolg einer Eingriffshandlung. Dabei kann das Endziel der Geschäftsführung sowohl ein tatsächlicher wie auch rechtlicher Erfolg sein. Dies ist aber für die Bestimmung des Geschäftsführerwillens unbeachtlich, weil die gesetzlich vorformulierte Willensrichtung nicht so weit reicht.

202) Soergel-Erdsiek-Mühl, § 677, Anm. 2 .

203) Dies folgt aus einem Vergleich von § 677 BGB mit § 687 BGB. § 687 behandelt den Fall, daß jemand "das Geschäft in der Meinung besorgt, daß es sein eigenes sei." Eine Geschäftsführung ohne Auftrag liegt deshalb nicht vor; also muß der Geschäftsführer das Geschäft mit dem Willen führen, daß es ein fremdes sei.

204) Abzulehnen ist die Auffassung Brückmanns, a.a.O., S. 12 Fußnote 1; danach muß der Geschäftsführer den Willen haben, den Geschäftsherrn in einen "gestionsnexus zu verstricken" . Ein derartiges Erfordernis stellt das Gesetz nicht auf, siehe Motive II, S. 863 .

Es ist daher festzuhalten : Der Wille des Geschäftsführers zielt nicht auf einen rechtlichen Erfolg. Der Geschäftsführer hat lediglich den auf einen tatsächlichen Erfolg gerichteten Willen, für einen anderen tätig zu sein ²⁰⁵⁾. Der Geschäftsführung ohne Auftrag fehlt somit das äußere Strukturmerkmal des Rechtsgeschäfts, nämlich der auf einen Rechtserfolg gerichtete Rechtsfolgewille ²⁰⁶⁾. Gleichzeitig steht damit fest, daß die Rechtsfolgen bei der Geschäftsführung ohne Auftrag vom Gesetz (ex lege) angeordnet sind.

Die Geschäftsführung ohne Auftrag hat nicht die Rechtsnatur eines Rechtsgeschäftes ²⁰⁷⁾.

b) Die Geschäftsführung ohne Auftrag
und die geschäftsähnliche Handlung

Die Geschäftsführung ohne Auftrag könnte die Rechtsnatur einer geschäftsähnlichen Handlung haben. Die h.M. ²⁰⁸⁾ ist dieser Auffassung, weil sie in dem Willen des Geschäftsführers, für einen anderen tätig zu werden, ein rechtsgeschäftsähnliches Willensmotiv sieht.

An anderer Stelle wurde bereits der Versuch abgelehnt, aus dem Willensmoment die geschäftsähnliche Rechtsnatur eines Rechtsinstitutes zu begründen. Da der Begriff

205) Staudinger-Nipperdey, Vorbem. zu § 677, Rdnr. 21; Enneccerus-Lehmann, § 165 V.

206) Ein Wille, der auf einen tatsächlichen Erfolg abzielt, kann somit nicht Rechtsfolgewille sein. Da gegen ist der auf einen Rechtserfolg abzielende Wille nicht unbedingt ein Rechtsfolgewille; dies ist nur dann der Fall, wenn die Rechtsfolgen ex voluntate eintreten. Setzt daher das Gesetz die Rechtsfolgen fest, wie z.B. bei der Aneignung, § 958 BGB, so liegt trotz der auf einen rechtlichen Erfolg gerichteten Willensrichtung kein Rechtsgeschäft vor. Erman-Hefermehl, § 958 Anm. 2.

207) So die heute völlig herrschende Meinung.

208) Siehe die Literaturzusammenstellung auf den Seiten 3 und 4 dieser Arbeit.

der geschäftsähnlichen Handlung seinen Sinn in erster Linie aus der Möglichkeit einer Analogie zum Rechtsgeschäft erhält, muß eine Gemeinsamkeit in dem für die gesetzliche Wertung des Rechtsgeschäfts maßgeblichen Punkt gegeben sein. Der maßgebliche Wert Gesichtspunkt beim Rechtsgeschäft ist, wie oben bereits angeführt, die Privilegierung der Individualinteressen. Die Individualinteressenstruktur ist die entscheidende Bewertungsgrundlage für den Rechtsgeschäftsbegriff. Davon ausgehend, dient die geschäftsähnliche Handlung der Erfassung von juristischen Handlungen, deren Interessenstruktur der des Rechtsgeschäfts entspricht, bei der allerdings das Gesetz gleichwohl keine privatautonome Regelungsbefugnis gewährt. Wie sieht die Interessenstruktur bei der Geschäftsführung ohne Auftrag aus ?

Die Geschäftsführung ohne Auftrag löst Rechtsfolgen aus, die sich auf den Geschäftsführer und den Geschäftsherrn beziehen. Es könnten daher bei der Geschäftsführung ohne Auftrag nur Individualinteressen berührt werden. Dies wiederum würde die h.M. im Ergebnis stützen und die Geschäftsführung ohne Auftrag zu einem mit dem Rechtsgeschäft in einem Analogieverhältnis stehenden Institut machen.

Bislang blieb aber folgendes unberücksichtigt : Bei einer Geschäftsführung ohne Auftrag nimmt der Geschäftsführer einen Eingriff in einen fremden Lebensbereich vor, ohne von dem Berechtigten dazu ermächtigt zu sein. Der Eingriff in fremde Interessensbereiche, ohne dazu beauftragt oder sonst dazu berechtigt zu sein, bedeutet zunächst die Verletzung des Rechtsgrundsatzes, wonach jeder eigenverantwortlich seine Lebensbereiche ordnen und regeln kann, frei von fremder Einmischung²⁰⁹⁾. Die Achtung des

209) Dies wird besonders, wie bereits an anderer Stelle erwähnt wurde, im englischen Rechtskreis betont. Dort steht man der ungefragten Einmischung in fremde Angelegenheiten grundsätzlich ablehnend gegenüber, weil das englische Recht von einem Wertsystem ausgeht,

Gesetzes vor diesem Rechtsgrundsatz kann man daran abmessen, daß die Einmischung in fremde Angelegenheiten nur dann von dem "Makel" der Unrechtmäßigkeit befreit wird, wenn der Eingriff dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht, § 683 HGB.

Die Rechtsordnung differenziert somit zwischen einer rechtmäßigen und rechtswidrigen Geschäftsführung ohne Auftrag; sie kennt auf der einen Seite eine Geschäftsführung, die sie als eine Beeinträchtigung und Störung des Rechtsfriedens ansieht ²¹⁰⁾; auf der anderen läßt sie die Einmischung nach dem Grundsatz des Mehr - Nutzen - als - Schaden zu. Wann der Nutzen größer als der Schaden ist, entscheidet das Gesetz durch eine verbindliche Wertung; damit steht das Gesetz in dem oben bereits gezeigten Konflikt der Wertsysteme. Dadurch wird gleichzeitig die Geschäftsführung ohne Auftrag, die den Wertkonflikt und somit die potentielle Rechtsstörung in sich trägt, aus dem Bereich der reinen Individualinteressen herausgelöst und damit zu einem Gegenstand von Allgemeininteressen. Die Bewertung der ungefragten Einmischung in fremde Angelegenheiten berührt daher nicht nur die Interessen des Geschäftsführers und des Geschäftsherrn, und ist somit nicht nur deren "Privatsache" ²¹¹⁾.

Fortsetzung der Fußnote 209) von Seite 64

das den Schutz der Eigensphäre höher bewertet, als die auf Ersatz gerichteten Individualinteressen des Eingreifenden. Daher gibt es dort keine Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag, wie wir sie haben. Insbesondere hat der Geschäftsführer grundsätzlich keine Ansprüche aus der Geschäftsführung. Diese ablehnende Grundeinstellung findet sich im Prinzip auch im amerikanischen Recht. Siehe im einzelnen, Wellmann, a.a.O., S. 170.

210) Diese rechtswidrige Geschäftsführung hat gleichwohl keinen deliktischen oder deliktsähnlichen Charakter. So bereits im römischen Recht, siehe Fußnote 72, S. 18 dieser Arbeit.

211) Ähnlich Esser, Schuldrecht, 2.Aufl., § 183, 5 .

Die gesetzliche Wertung, die in den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag enthalten ist, stellt Grundsätze auf, denen jedermann unterliegt und die für jedermann verpflichtend sind. Sie entscheidet verbindlich, wann der ungefragte Eingriff rechtmäßig ist, selbst wenn man jeder Einmischung grundsätzlich ablehnend gegenübersteht, und wenn der Eingriff eine Rechtsverletzung ist ²¹²⁾. Mit der verbindlichen Bewertung der ungefragten Einmischung in fremde Angelegenheiten trifft somit das Gesetz eine abwägende Wertentscheidung, womit dieser soziale Sachverhalt zum Gegenstand von Allgemeininteressen wird. Juristische Handlungen, bei denen Allgemeininteressen im Spiel sind, haben jedoch keine mit der Rechtsgeschäftssituation vergleichbare Interessenstruktur, auch wenn gleichzeitig Individualinteressen betroffen werden. Die Interessenlage bei einem Rechtsgeschäft ist nämlich demgegenüber eindeutig von den allein im Spiel befindlichen Individualinteressen gekennzeichnet. Bei der Geschäftsführung ohne Auftrag sind dagegen die Allgemeininteressen im gleichen Umfang wie die Individualinteressen betroffen.

Die Interessenstruktur, die der Geschäftsführung ohne Auftrag zugrundeliegt, ist somit nicht mit der des Rechtsgeschäfts vergleichbar. Die Geschäftsführung ohne Auftrag kann daher nicht als geschäftsähnliche Handlung angesehen werden.

212) Siehe auch den Realakt der Notstandshandlung, § 904 BGB, bei dem eine verwandte Interessensituation besteht.

c) Die Geschäftsführung ohne Auftrag
und der Realakt

Da vorliegend von einer Systemdreiteilung ausgegangen wird, müßte die Geschäftsführung ohne Auftrag die Rechtsnatur eines Realaktes haben. Der Realakt dient, wie oben ausgeführt, der Erfassung von juristischen Handlungen, deren Rechtsfolgen aufgrund gesetzlicher Anordnung eintreten, und deren Interessenstruktur dadurch gekennzeichnet ist, daß auch allgemeine Interessen durch die Handlung betroffen werden ²¹³⁾. Überprüft man die Geschäftsführung ohne Auftrag anhand dieser Kriterien, so ergibt sich einmal der Eintritt der Rechtsfolgen ex lege; zum anderen werden bei der ungefragten Einmischung neben den Individualinteressen der Beteiligten auch Allgemeininteressen durch den hierbei entstehenden, den Rechtsfrieden bedrohenden Wertkonflikt berührt. Die Merkmale eines Realaktes liegen vor. Die Geschäftsführung ohne Auftrag ist somit von ihrer Rechtsnatur her ein Realakt.

Daraus läßt sich folgende Entscheidung ableiten : Auf die Geschäftsführung ohne Auftrag sind die Rechtsgeschäftsnormen nicht entsprechend anzuwenden, es sei denn, das Gesetz ordnet dies ausdrücklich an ²¹⁴⁾.

Speziell für die Problematik des Ausgangsfalles hat dies zur Folge, daß die Rechtsnatur der Geschäftsführung ohne Auftrag keine entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit verlangt. Das Erfordernis

213) Daneben können gleichzeitig Individualinteressen betroffen werden, wie z.B. bei der Verarbeitung, § 950 BGB. Hier werden neben den allgemeinen Interessen in Form der dinglichen Zuordnung eines Gegenstandes auch die Individualinteressen des Stoffeigentümers und die des Herstellers berührt.

214) Siehe oben, S. 30 .

der Geschäftsfähigkeit für den Geschäftsführer ergibt sich auch nicht aus einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung. Auch aus § 682 BGB folgt es nicht; denn § 682 BGB hat lediglich Bedeutung für die Pflichten des unmündigen Geschäftsführers²¹⁵⁾. Dies kann einmal aus dem Wortlaut der Vorschrift und zum anderen aus der Stellung im Gesetz²¹⁶⁾²¹⁷⁾ entnommen werden.

Da somit das Gesetz bei der Geschäftsführung ohne Auftrag keine besonderen Voraussetzungen für die Handlungsfähigkeit aufstellt, bestehen für die Geschäftsführungs=

215) Abzulehnen Esser, § 183 5; während er in der 1.Aufl. seines Lehrbuchs, § 254, 6, die Geschäftsführung ohne Auftrag sinngemäß als geschäftsähnliche Handlung ansah, sieht die 2.Aufl. in der Rechtsnatur der Geschäftsführung ohne Auftrag einen Realakt. Trotz der jetzt richtigen Bestimmung der Rechtsnatur im Sinne eines zum Rechtsgeschäft nicht analogiefähigen Rechtsinstituts glaubt Esser, daß aus § 682 BGB kraft gesetzlicher Anordnung die Notwendigkeit der Geschäftsfähigkeit für den Geschäftsführer herzuleiten sei, obwohl dies Ergebnis "nicht sehr sinnvoll" sei. Die Auslegung des § 682 BGB durch Esser ist aber vom Wortlaut gerade nicht geboten; dieser spricht vielmehr für die obige Auslegung (siehe Seite 57). Sodann ist Essers Gehorsam gegenüber einer Gesetzesregelung, die "nicht sehr sinnvoll" sei, unverständlich, wenn er in "Grundsatz und Norm" S. 256 sagt: "Das volitive Element, der hunch der Entscheidung ist das Primäre." Somit sei nicht die Rechtsnorm in ihrer vom Gesetzgeber geschaffenen Gestalt von Bedeutung, sondern die autonome ratio legis, die der Richter mit Hilfe von Prinzipien entdeckt. Wenn Esser somit die Rechtsanwendung als Problemlösung, frei von legislatorischen Fesseln, versteht, so hätte er sich über den von ihm zudem fälschlich als Hindernis angesehenen Wortlaut des § 682 BGB hinwegsetzen können.

216) Die §§ 677 - 682 BGB regeln die Pflichten des Geschäftsführers, §§ 683 - 689 BGB seine Rechte.

217) § 682 BGB ist somit nicht lex specialis für die Geschäftsführung eines Unmündigen, sondern nur Schutzvorschrift für diesen Personenkreis. Für die Rechte des unmündigen Geschäftsführers hat § 682 BGB daher keine Aussagebedeutung.

fähigkeit lediglich natürliche Grenzen. Danach wird man nur denjenigen von einer Geschäftsführung ausschließen, der nicht den natürlichen Willen bilden kann, für einen Dritten ein Geschäft zu besorgen. Nach dem Prinzip des Gesetzes kann somit jeder Geschäftsführer sein und werden, sofern er die Fähigkeit zur natürlichen Willensbildung hat.²¹⁸⁾ Sogar ein Geschäftsunfähiger kann Geschäftsführer sein, sofern er den natürlichen Geschäftsführungswillen entwickeln kann.

Der Ausgangsfall muß daher folgendermaßen entschieden werden : Der 15jährige Schüler ist geschäftsführungsfähig, weil er die für die Geschäftsführung erforderliche natürliche Einsichts- und Willensfähigkeit hat. Da der Minderjährige im vorliegenden Fall ein fremdes Geschäft geführt hat, ohne beauftragt oder sonst dazu berechtigt zu sein, und er zudem den Willen hatte, ein Geschäft für den Geschäftsherrn zu führen, liegt eine wirksame Geschäftsführung ohne Auftrag vor. Die Übernahme der Geschäftsführung entsprach auch dem Interesse und dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn. Daher hat der minderjährige Geschäftsführer einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen²¹⁹⁾, zu denen auch Heilungskosten zu rechnen sind²²⁰⁾.

IV. Die Überprüfung an Hand der gesetzlichen Regelung

Durch Deduktionen aus dem Realaktsbegriff ist der Ausgangsfall entschieden worden. Nunmehr soll dieser juristisch-technische Begriff auf seine Vereinbarkeit mit den

218) Brückmann, a.a.O., S. 10

219) Im Ergebnis auch die in Fußnote 8, S. 3 angeführte Literatur.

220) Staudinger-Nipperdey, § 683 Rdnr. 21.

gesetzlichen Vorschriften zur Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) überprüft werden. Hier könnte vor allem der bereits mehrfach zitierte § 682 BGB Schwierigkeiten in seiner systematischen Einordnung bereiten. Während bislang häufig durch Auslegung und Rückschlüsse aus § 682 BGB die Rechtsnatur der Geschäftsführung ohne Auftrag herausdestilliert werden sollte, wird hier das Ergebnis, das durch eine Deduktion aus der Gesetzessystematik gewonnen wurde, anhand der positiven Regelung überprüft. Läßt sich die Rechtsnatur eines Realakts mit der Regelung des § 682 BGB vereinbaren ? § 682 BGB lautet :

"Ist der Geschäftsführer geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist er nur nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen und über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verantwortlich."

An der Formulierung des Gesetzes fällt zunächst auf, daß sowohl der Minderjährige als auch der Geschäftsunfähige als Geschäftsführer bezeichnet werden. Darin könnte bereits eine Bestätigung des hier vertretenen Ergebnisses liegen, wonach der Geschäftsführer für eine Geschäftsführung ohne Auftrag nicht die Alterserfordernisse nach den §§ 104 ff. BGB erfüllen muß und somit keine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bei der Geschäftsführung eines Minderjährigen notwendig ist. Dies ist aber wiederum nur bei einem Realakt möglich, da auf Rechtsgeschäfte und geschäftsähnliche Handlungen die "Beschränkungen" der §§ 104 ff. BGB Anwendung finden.

Die Bezeichnung der in § 682 BGB als Geschäftsführer aufgeführten Personen könnte aber möglicherweise auch mit der Rechtsnatur einer geschäftsähnlichen Handlung vereinbar sein. Zwar würde dann der Geschäftsführer die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters für die Vornahme der Geschäftsführung benötigen; solange aber die Genehmigung

noch nicht erteilt wäre, würde er bei schwebend unwirksamer Geschäftsführung die Haftungsbeschränkung des § 682 BGB genießen. Da das Gesetz nicht zwischen voll wirksamer und schwebend unwirksamer Geschäftsführung unterscheidet, würde in beiden Fällen der Handelnde als Geschäftsführer bezeichnet. Die Formulierung "Geschäftsführer" in § 682 BGB wäre dann lediglich eine sprachliche Abkürzung des Gesetzes, die nicht zur Beweisführung über die Rechtsnatur der Geschäftsführung ohne Auftrag tauglich wäre ²²¹⁾.

Hierbei ist aber unbeachtet geblieben, daß ein Minderjähriger zwar als Geschäftsführer bezeichnet werden kann, solange die Geschäftsführung schwebend unwirksam ist. Für den geschäftsunfähigen Geschäftsführer ist dies jedoch nicht denkbar. Wenn man nämlich von einer geschäftsähnlichen Rechtsnatur der Geschäftsführung ohne Auftrag ausgeht, so ist nach § 104 BGB analog der Geschäftsunfähige schlechthin von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Eine schwebend unwirksame Geschäftsführung eines Geschäftsunfähigen ist nicht denkbar. Da der Gesetzeswortlaut aber von einer Geschäftsführung eines Geschäftsunfähigen ausgeht, kann es sich nur um eine wirksame Geschäftsführung handeln. Daraus folgt die Unanwendbarkeit der §§ 104 ff. BGB auf die Geschäftsführung ohne Auftrag. Das Fehlen von Alterserfordernissen für die auftragslose Geschäftsführung bestätigt die Realaktsnatur. Die Bezeichnung des Geschäftsunfähigen und des Minderjährigen als Geschäftsführer in § 682 BGB ist für die hier vertretene Meinung beweiskräftig.

Eine weitere Besonderheit des Gesetzeswortlauts in § 682 BGB ist die Gleichbehandlung von Minderjährigen und Geschäftsunfähigen. Beim Rechtsgeschäft und dementsprechend bei der geschäftsähnlichen Handlung muß scharf

221) Diederichsen, MDR 1964, S. 890.

zwischen beiden getrennt werden ²²²⁾. Dort ist es nicht denkbar, daß der Geschäftsunfähige die gleichen Rechtsfolgen zu tragen hat wie ein Minderjähriger. Wenn aber das Gesetz beide Gruppen in § 682 BGB auf eine Stufe stellt, so kann dies nur bedeuten, daß die Rechtsnatur der Geschäftsführung ohne Auftrag keine differenzierte Regelung verlangt. Eine differenzierte Regelung zwischen nicht Geschäftsfähigen ist aber lediglich beim Realakt nicht erforderlich. Hier ist das Gesetz frei in der inhaltlichen Ausgestaltung; dagegen ist das Gesetz bei den einzelnen Rechtsgeschäften und entsprechend bei geschäftsähnlichen Handlungen grundsätzlich an die Grundsatzentscheidung der §§ 104 ff. BGB gebunden.

Abschließend läßt sich daher sagen, daß § 682 BGB die hier vertretene Auffassung von der Realaktsnatur der Geschäftsführung ohne Auftrag stützt und bestätigt ²²³⁾.

Von den sonstigen Gesetzesvorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag kann nur noch § 684 S.2 BGB Schwierigkeiten in der systematischen Einordnung bereiten. In § 684 S.2 BGB wird die bereits erwähnte Genehmigungsmöglichkeit des Geschäftsherrn zu einer rechtswidrigen Geschäftsführung geregelt. Für die hier vertretene Auffassung handelt es sich aber bei der Genehmigung nicht um die rechtsgeschäftliche Genehmigung nach §§ 182 ff. BGB, sondern um die untechnische Möglichkeit des Geschäftsherrn, eine zunächst rechtswidrige Geschäftsführung ohne Auftrag

222) Manigk, Rechtswirksames Verhalten S.495.

223) Die Realaktsnatur der Geschäftsführung ohne Auftrag wäre leichter zu erkennen, wenn das Gesetz in § 682 BGB auf die deliktische Handlungsfähigkeit verwiesen hätte. Dadurch wäre der Eingriffscharakter der Geschäftsführung ohne Auftrag und damit die teilweise Parallelität zu Rechtsinstituten wie der Eingriffskondiktion oder dem Eigentümer-Besitzerverhältnis deutlich hervorgetreten. Die Anwendung der Vorschriften über die rechtsgeschäftliche Handlungsfähigkeit entspricht jedoch der rechtshistorisch allgemein geübten Betrachtungsweise, die in der Geschäftsführung ein von deliktischen Handlungen grundverschiedenes Institut sah; dazu Fußnote 246 S.81 und Fußnote 72 S. 18.

nachträglich einer rechtmäßigen gleichzustellen²²⁴⁾.
Da das Gesetz an anderen Stellen auch von Genehmigungen
im untechnischen Sinne ausgeht²²⁵⁾, bestehen gegen diese
systemgerechte Auslegung keine Bedenken²²⁶⁾.

• Da die sonstigen Normen der Geschäftsführung ohne
Auftrag für die systematische Einordnung dieses Rechtsin=
stituts keine Bedeutung haben, ist das hier vertretene
Ergebnis mit der gesetzlichen Regelung der §§ 677 ff. BGB
vereinbar.

Es bliebe nunmehr noch die Kongruenz des hier vertre=
tenen Ergebnisses anhand von Rechtsinstituten zu über=
prüfen, die mit der Geschäftsführung ohne Auftrag verwandt
sind. Hierbei kommt lediglich das Rechtsinstitut des Fundes,
§§ 965 ff. BGB, in Betracht. Der Fund ist unstreitig ein
Spezialfall der Geschäftsführung ohne Auftrag²²⁷⁾.

224) Pürschel, Diss., S. 25.

225) Siehe § 1001, BGB.

226) A.A. Motive II, S. 867 : Der historische Gesetzge=
ber ging davon aus, daß die Genehmigung rechtsge=
schäftlicher Natur sei. Der historisch-psychologi=
sche Wille des Gesetzgebers ist aber unbeachtlich,
wenn sich aus dem normativen Gesetzessinn seine
Fehlerhaftigkeit ergibt; Larenz, Methodenlehre,
S. 258 Ziffer 4; "denn das bloße Faktum des tat=
sächlich so Gewollten hat für sich allein keine
normative Kraft", Larenz, a.a.O., S. 239.

227) RGRK, Denecke, vor § 677, Anm. 6; Soergel-Erdsiek=
Mühl, vor § 677, Rdnr. 11; daher werden auf den
Fund soweit ausdrückliche Vorschriften fehlen,
die Regeln der §§ 677 ff. BGB übertragen. Erman=
Hefermehl, Vorbem. § 956 .

Diese juristische Handlung ist nach völlig herrschender Meinung ein Realakt ²²⁸⁾. Da die Merkmale des Spezialtatbestands vom Generaltatbestand mitumfaßt werden ²²⁹⁾, bedeutet dies für die Frage der Rechtsnatur : Wenn der Spezialfall der Geschäftsführung ohne Auftrag von seiner Rechtsnatur her ein Realakt ist, so ist der Grundtatbestand, die Geschäftsführung ohne Auftrag, auch ein Realakt.

Hiermit ist die Überprüfung der hier vertretenen Ansicht von der Realaktnatur der Geschäftsführung ohne Auftrag anhand der gesetzlichen Vorschriften der §§ 677 ff BGB und der sonstigen hier einschlägigen gesetzlichen Regeln beendet. Die Untersuchung hat das hier vertretene Ergebnis bestätigt.

V. Ergebnis nach der systematischen Methode

Der Versuch einer Lösung des Ausgangsfalles auf dogmatisch-systematischem Wege ist abgeschlossen. Er hat zu dem Ergebnis geführt, daß der minderjährige Geschäftsführer entgegen der Auffassung des erkennenden Gerichts und der herrschenden Meinung in der Literatur einen Anspruch auf Ersatz seiner Heilungskosten erhält, auch wenn der gesetzliche Vertreter die Geschäftsführung nicht genehmigt.

§ 5 Die Problemerkörterung durch die Topik

Nachdem im vorgehenden Abschnitt die Problematik auf systematischem Weg untersucht wurde, soll nun die Methode der Topik angewandt werden.

228) RGRK, Krüger-Nieland, § 104, Anm. 3; Palandt-Danckelmann, vor § 104, Anm. 1 e .

229) Dietz, Anspruchskonkurrenz, S. 23.

Diese Methode versteht sich als die Technik des Problem~~denkens~~²³⁰⁾, die lediglich durch permanente Problem~~erörterung~~ Entscheidungen zu gewinnen versucht; denn die Topik leugnet für die Jurisprudenz das Vorhandensein einer für die Problemlösung brauchbaren Systematik. Die Aussagen, die das Recht mache, ständen in keinem systematischen Zusammenhang und würden daher nur aus dem jeweiligen Problemzusammenhang verständlich²³¹⁾.

Die Topik ist in der Gestalt, die sie in ihrer von Viehweg ausgelösten Renaissance²³²⁾ erhalten hat, ein Gegensatz zur systematischen Methode. Daher sieht diese Topik den Systemdenker als ihren antithetischen Gegensatz, wenn

230) Viehweg, Topik, S. 15; Esser, Grundsatz und Norm, S. 100.

231) Viehweg, a.a.O., S. 66.

232) Das Verhältnis der Topik zur Jurisprudenz ist alt. Bereits bei Aristoteles und Cicero begegnen wir der Topik. Gleichwohl ist die historische Wurzel der Topik nicht spezifisch juristischer Natur, sondern liegt in der Rhetorik. (zu der Art, wie antike Redner einen Prozeß führten, s. Stroux, Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik, S. 23 ff.) Die rhetorische Abstammung wird der heutigen Topik häufig von ihren Gegnern vorgehalten, s. Diederichsen, NJW 1966, S. 702; Flume, Allgemeiner Teil Bd. II, § 16 1, S. 296 Fußnote 9. Da es der Rhetorik nicht in erster Linie um die Wahrheit oder Falschheit gehe, sondern um die Zustimmung oder Ablehnung durch den Gesprächsgegner (s. auch z.B. Aristoteles, Topik I XVIII, "Der Nutzen liegt aber auch darin, daß man nicht durch Trugschlüsse hintergangen wird, selber aber den Gegner durch Trugschlüsse hintergehen kann"; dies ist allerdings für Aristoteles nur eine Funktion der Topik.) sei die Diskussionstechnik für die Jurisprudenz ethisch nicht tragbar; denn "so kunstvoll sich diese Technik auch darstellt, steht sie doch tief unter der von hoher Rechtsethik getragenen Jurisprudenz", Kaser, Zur Methode der römischen Rechtsfindung, S. 67.

Die Kritik, die an dem rhetorischen Element in der Topik anknüpft, ist m.E. nicht überzeugend. Zwar geht es der Topik darum "Überzeugungen" zu schaffen; aber darin erschöpft sich die Diskussion nicht, denn durch Bezug auf anerkannte menschliche Wissens- und Erfahrungskomplexe handelt es sich bei dieser Technik

sie seine Denkweise mit Nicolai Hartmann ²³³⁾ folgendermaßen charakterisiert ²³⁴⁾ : "Die systematische Denkweise geht vom Ganzen aus. Die Konzeption ist hier das erste und bleibt das Beherrschende. Nach dem Standpunkt wird hier nicht gesucht. Er wird zu allererst eingenommen."

Demgegenüber geht die Topik vom Rechtsfall aus, indem sie das Grundproblem herauszufinden sucht. Wenn das Problem entdeckt ist, wird es mit der Gerechtigkeitsfrage konfrontiert; denn in der Verklammerung von Grundproblem und Gerechtigkeitsfrage, sieht die Topik ihre Legitimität ²³⁵⁾. Da aber die Gerechtigkeitsfrage in abstrakter Form "blutarm" und daher für die konkrete Entscheidung wenig tauglich ist, werden zur Konkretisierung der Gerechtigkeitsüberprüfung vielseitig verwendbare, überall annehmbare Gesichtspunkte, die sogenannten topoi, gebildet. Diese Gesichtspunkte, die "topoi des zu findenden richtigen Rechts" ²³⁶⁾, können einerseits von Vorgegebenheiten wie z.B. anthropologischen Tatsachen, Strukturen der menschlichen Gesellschaft, Zweck- und Interessenstrukturen des Wirtschaftsverkehrs, Sitte und Gebräuchen geliefert werden, andererseits von Wertideen, wie z.B. der Interessensbewertung, der Billigkeit, der Rechtssicherheit und

Fortsetzung der Fußnote 232) von Seite 75

auch um ein "mittelbares Erkenntnisverfahren", Viehweg, a.a.O., S.25, das nicht nur darauf abzielt, Meinungen zu schaffen. Die Bedenken gegen rhetorische "Überrumplungsabsichten" sind vor allem dann gegenstandslos, wenn man nicht von einer Diskussion mit einem Dritten ausgeht, sondern von der Diskussion des Rechtsuchenden mit sich selbst.

233) Hartmann, Kantstudien Bd. 20, S. 163.

234) Viehweg, a.a.O., S. 17.

235) Zippelius, Wesen des Rechts, S. 65 f.; Viehweg, a.a.O., S. 65.

236) Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, § 36 II, S. 418.

der Zweckmäßigkeit ²³⁷⁾. Derartige Gesichtspunkte sollen durch Konfrontation mit dem Grundproblem zur richtigen Lösung führen ²³⁸⁾.

Die Topik hat somit eine "instrumentale Funktion ²³⁹⁾", da es sich bei ihr um eine Methode zur Erörterung der Gerechtigkeitsproblematik handelt. Diese Methode soll nunmehr angewandt werden. Das Problem unseres Falles lautet : Hat ein minderjähriger Geschäftsführer, der ein fremdes Geschäft gemäß den Voraussetzungen der §§ 677, 683 S. 1 BGB geführt hat, den Aufwendungsersatzanspruch auch, wenn der gesetzliche Vertreter die Geschäftsführung nicht genehmigt ?

I. Der Gesichtspunkt der Interessen

Das Problem könnte durch den Gesichtspunkt der beteiligten Interessen gelöst werden. Der Gesichtspunkt der beteiligten Interessen ist heute eine unverzichtbare Rechtskategorie. Sie verdankt ihre Bedeutung vor allem Jhering ²⁴⁰⁾, der hierin den tragenden Zweckgedanken des Rechts erblickte.

Das Interesse kann definiert werden als die Beziehung des Subjekts unter dem Blickwinkel seiner Zwecke und Verhältnisse zu einem Bezugsobjekt ²⁴¹⁾. Derartige Beziehungen sind zunächst biologische Elemente ohne Rechtswert ²⁴²⁾,

237) Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, § 36 II, S. 419.f.

238) Kriele, Rechtsfindung, S. 146 f.

239) Zippelius, Wesen des Rechts, S. 67 .

240) Jhering, Geist des römischen Rechts, 3. Teil, §§ 60, 61.

241) Jhering, a.a.O., § 60, S. 341.

242) Manigk, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft III Bd., Stichwort : Interesse, S. 307.

die dem menschlichen Zusammenleben in großer Zahl entspringen; man kann die so beschriebenen Beziehungen als natürliche Interessen bezeichnen. Rechtliche Bedeutung kommt dem natürlichen Interesse erst dann zu, wenn es sich um ein rechtlich geschütztes Interesse handelt. Wann dies der Fall ist, hängt davon ab, daß die Rechtsordnung das natürliche, nach rechtlicher Anerkennung strebende Interesse für rechtlich schutzwürdig und somit für rechtlich beachtlich ansieht ²⁴³⁾.

Die Topik als Methode der Rechtsfindung kann den Gesichtspunkt der Interessen nur im Sinne von rechtlich geschützten Interessen anerkennen. Der Gesichtspunkt der Interessen ist für unser Problem daher nur brauchbar, wenn rechtlich geschützte Interessen im Spiel sind.

Da die Gewährung des Aufwendungsersatzanspruchs im Streit ist, muß die Untersuchung in Richtung auf das dialektische Spannungsverhältnis geführt werden, das sich daraus ergibt, daß das natürliche Interesse des Geschäftsherrn in unserer Problemsituation auf die Abwehr des Aufwendungsersatzanspruchs gerichtet ist, während der minderjährige Geschäftsführer ein natürliches Interesse auf Erwerb des Forderungsrechtshat. Welches natürliche Interesse wird jedoch von der Rechtsordnung für beachtlich angesehen ?

Zunächst soll das natürliche Interesse des Geschäftsherrn, das auf Abwehr des Aufwendungsersatzanspruchs gerichtet ist, gewertet werden.

Eine gesetzliche Wertung der Interessen des Geschäftsherrn ist in § 683 S. 1 BGB enthalten. Danach ergibt sich für den Geschäftsherrn die Verpflichtung zum Aufwendungsersatz, wenn die Geschäftsführung seinem Interesse und wirklichem oder mutmaßlichem Willen entspricht. In diesem Fall ist das natürliche Interesse auf Abwehr der Aufwen-

243) Manigk, a.a.O.

dungersatzverpflichtung rechtlich nicht schutzwürdig. Sind dagegen die Voraussetzungen des § 683 S. 1 BGB nicht erfüllt, so ist das natürliche Abwehrinteresse des Geschäftsherrn rechtlich beachtlich.

Ist diese gesetzliche Wertung auch für den Fall einer Geschäftsführung durch einen minderjährigen Geschäftsführer gültig ? Dies muß bejaht werden; denn § 683 S. 1 BGB macht die Entscheidung nur von objektsbezogenen Kriterien abhängig. Die Wertung des Gesetzes ist nicht von der Handlungsfähigkeit des Geschäftsführers abhängig, wie dies z.B. bei der Haftungsbeschränkung in § 682 BGB geschieht. Die natürlichen Interessen des Geschäftsherrn werden somit nur in einer Objektsbezogenheit bewertet und sind von der Handlungsfähigkeit des Geschäftsführers unabhängig. Die rechtliche Wertung in diesem Punkt verdient Beifall. Die natürlichen Interessen des Geschäftsherrn können vernünftigerweise nicht durch die Person und die Eigenschaften des Geschäftsführers berührt werden; entscheidend ist nur die Art des Eingriffs, mit der sein Rechtsbereich berührt wird.

Die Erfüllung der Voraussetzungen des § 683 S.1 BGB begründet somit die rechtliche Unbeachtlichkeit des natürlichen Abwendungsinteresses des Geschäftsherrn. Dies ergibt sich auch aus folgender Überlegung : Der erste Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch enthielt die Bestimmung²⁴⁴⁾, wonach die Ersatzverpflichtung des Geschäftsherrn nicht entfällt, wenn dieser nicht geschäftsfähig ist. Die Kommission strich diese Vorschrift als überflüssig²⁴⁵⁾. Wenn aber das Gesetz das Interesse des Geschäftsherrn auf Abwendung eines Ersatzanspruchs sogar dann für rechtlich nicht schutzwürdig ansieht, wenn er selber minderjährig

244) § 756 des ersten Entwurfs.

245) Protokolle II, S. 739.

ist, so muß dies erst recht der Fall sein, wenn bei rechtmäßiger Geschäftsführung nur der Geschäftsführer minderjährig ist; ein anderes Ergebnis würde den Geschäftsherrn ohne erkennbaren Sinn auf Kosten des minderjährigen Geschäftsführers begünstigen, obwohl sein Geschäft auch von einem geschäftsfähigen Geschäftsführer nicht besser betraut worden wäre.

Wir können daher feststellen : Das natürliche Interesse des Geschäftsherrn, das sich in unserem Fall gegen den Aufwendungsersatzanspruch des minderjährigen Geschäftsführers richtet, ist rechtlich nicht schutzwürdig. Die Unmündigkeit des Geschäftsführers berührt die Interessen des Geschäftsherrn nicht.

Wenden wir uns nunmehr dem natürlichen Interesse des minderjährigen Geschäftsführers auf Aufwendungsersatz zu. Ist dieses natürliche Interesse geschützt ?

Der rechtliche Schutz ergibt sich nicht aus der Verweigerung der Schutzwürdigkeit der Abwehrinteressen des Geschäftsherrn; denn wenn auch die natürlichen Interessen des Geschäftsherrn und des Geschäftsführers in der Frage des Aufwendungsersatzanspruchs in einem Gegensatzverhältnis stehen, so bedeutet gleichwohl die Verneinung der Schutzwürdigkeit des einen Interesses nicht gleichzeitig die Zubilligung eines rechtlich geschützten Interesses für den anderen. Es ist auch denkbar, daß die Rechtsordnung dem minderjährigen Geschäftsführer den Anspruch mit Rücksicht auf seine Minderjährigkeit verweigert, obwohl sie dem Geschäftsherrn die Berufung auf die Minderjährigkeit des Geschäftsführers nicht gestattet.

Die Frage, ob das natürliche Interesse des minderjährigen Geschäftsführers auf Aufwendungsersatz schutzwürdig ist, bleibt thema probandum.

Das Gesetz gibt uns keine klare Antwort. § 682 können wir nur entnehmen, daß die Geschäftsführung eines Unmündi-

gen atypisch ²⁴⁶⁾ ist und daher die Pflichten des Unmündigen beschränkt werden. Ob § 682 BGB Aussagebedeutung für den Aufwendungsersatzanspruch des minderjährigen Geschäftsführers hat, läßt sich nur durch eine systematische Untersuchung klären; denn ob § 682 BGB im Hinblick auf den Aufwendungsersatz eine Gesetzeslücke enthält oder ob die Vorschrift abschließend ist, kann nur dann entschieden werden, wenn man von einer inneren Ordnung der Gesetzesvorschriften im Verhältnis zueinander ausgeht. Dies wird aber von der Topik geleugnet.

In der gesetzlichen Regelung der Geschäftsführung ohne Auftrag sind keine für die Topik tragfähigen Hinweise für eine Bewertung des natürlichen Interesses des minderjährigen Geschäftsführers auf Aufwendungsersatz vorhanden. Der topos der Interessen versagt daher, wenn man auf den minderjährigen Geschäftsführer abstellt.

246) Die Rechtsordnung sieht nur die Gestion eines Geschäftsfähigen als vollgültige Geschäftsführung ohne Auftrag an. Damit hat das Gesetz an die Vorschriften über die Handlungsfähigkeit beim Rechtsgeschäft (§§ 104 ff. BGB) angeknüpft. Zur Auswahl standen dem Gesetz nur die Vorschriften über die Handlungsfähigkeit beim Rechtsgeschäft (§§ 104 ff. BGB) und die bei unerlaubten Handlungen (§§ 827 ff. BGB); ansonsten ist nämlich die gesetzliche Regelung der Handlungsfähigkeit unvollkommen, Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit, S. 4. Die Entscheidung des Gesetzes entspricht der ständig geübten Auffassung, die in der negotiorum gestio als solche keine deliktische Handlung gesehen hat. Die gestion wurde wohl in dem Spannungsfeld von "Eindringling - guter Freund" oder später rechtstechnisch formuliert, von "rechtmäßig-rechtswidrig" gesehen; die rechtswidrige Gestion hatte jedoch in erster Linie den Verlust des Ersatzanspruchs des gestors und Ersatzansprüche des dominus zur Folge. Diese Ersatzansprüche hatten aber keinen deliktischen Charakter. Natürlich blieb ein daneben bestehender Deliktsanspruch unberührt. Durch Verweisung auf die rechtsgeschäftliche Handlungsfähigkeit behilft sich das Gesetz auch bei anderen nicht deliktischen Rechtsinstituten z.B. bei der Wohnsitzbegründung, § 8 BGB.

Der Gesichtspunkt der Interessen hat uns nur eine Negativaussage geliefert : Das Interesse des Geschäftsherrn ist nicht schutzwürdig, wenn es auf Abwehr des Ersatzanspruchs eines minderjährigen Geschäftsführers, der eine rechtmäßige Geschäftsführung ohne Auftrag geführt hat, abzielt.

II.

Der Gesichtspunkt
des Minderjährigenschutzes

Dem minderjährigen Geschäftsführer könnte der Aufwendungsersatzanspruch aus dem Gesichtspunkt des Minderjährigenschutzes zustehen. Der Gesichtspunkt des Minderjährigenschutzes ist ein anerkannter Grundsatz unserer Rechtsordnung, der auf Handlungen des Minderjährigen im nicht deliktischen Rechtsverkehr Anwendung findet. Der Umfang seines Anwendungsbereichs ist nicht genau fixiert; häufig hat es den Anschein, als würde dieser Gesichtspunkt als Ornament benutzt, um dem Billigkeitsurteil eine rechtlich anerkannte Stütze zu geben. Es muß daher zunächst der Anwendungsbereich dieses Gesichtspunktes in unserer Problemerkörterung abgesteckt werden.

Es geht speziell um die Möglichkeit eines nicht rechtsgeschäftlichen Anspruchserwerbs durch den minderjährigen Geschäftsführer; dies läßt sich mit dem topos des Minderjährigenschutzes nur dann überprüfen, wenn generell das Verhältnis des Minderjährigen zu den subjektiven Privatrechten geklärt ist. Dazu wiederum muß das Wesen der subjektiven Privatrechte bestimmt werden. Im gemeinen Recht bestanden dazu verschiedene Auffassungen. Während Savigny²⁴⁷⁾ das Wesen der subjektiven Rechte in der

247) Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 1. Bd., § 4, S. 7.

Willensherrschaft und somit in der Befugnis des Rechtsträgers erblickte, definierte Jhering²⁴⁸⁾ das Recht als das rechtlich geschützte Interesse. Übersetzt man die Jheringsche Formel mit Inhaberschaft, so stehen sich gegenüber in ihrem Verständnis vom Wesen des subjektiven Privatrechts "die Befugnis" und "die Inhaberschaft".

Die heute vertretene Theorie²⁴⁹⁾ vereint beide Kriterien; somit umfaßt das subjektive Recht die Inhaberschaft als seinen Zweck und die Befugnis als seinen Inhalt, so daß man das subjektive Privatrecht definieren kann, als die "von der Rechtsordnung anerkannte und geschützte auf ein Gut oder Interesse gerichtete menschliche Willensmacht²⁵⁰⁾". Das subjektive Privatrecht hat somit zwei Gesichter. Bevor das subjektive Privatrecht dem Gedanken des Minderjährigenschutzes gegenübergestellt wird, sei der Zweck dieses Gesichtspunkts näher bestimmt. Die Rechtsordnung sagt mit dieser unpräzisen Formulierung, daß bestimmte juristische Handlungen eine Handlungsfähigkeit verlangen und daß umgekehrt bei bestimmten Personengruppen, die von diesen juristischen Handlungen ausgeschaltet werden, eine unreife Willensbildung präsumiert werden muß; das Gesetz geht von der fehlenden Einsichts- und Urteilsfähigkeit aus, um damit die Erziehung dieser Personengruppe und ihren Schutz zu fördern²⁵¹⁾.

Läßt man den hier nicht erforderlichen und letztlich im Privatrecht überflüssigen Erziehungsgedanken beiseite, so kann nur der Schutzgedanke von Bedeutung sein. Vergleicht man aber den Schutzgedanken mit dem Wesen des

248) Jhering, Geist, 3. Teil, § 60, 61.

249) Enneccerus-Nipperdey, 1. Halbband, § 72 Fußnote 3.

250) Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 44.

251) Kuhn, Grundrechte, S. 29.

subjektiven Privatrechts, so erkennt man, daß die "Inhaberschaft" mit dem Schutz des Minderjährigen wegen seiner fehlenden Einsichts- und Urteilsfähigkeit nichts zu tun haben kann. Für das Innehaben von Rechten ist keine Einsichts- und Urteilsfähigkeit erforderlich; dazu genügt die Rechtsfähigkeit, § 1 BGB. Der Minderjährige ist daher, wenn es um das Innehaben von subjektiven Rechten geht, grundsätzlich einem Mündigen gleichzustellen ²⁵²⁾. Der Minderjährigenschutz kann im Zusammenhang mit subjektiven Privatrechten nur Bedeutung haben, wenn es um die Ausübung der dem subjektiven Privatrecht innewohnenden Befugnisse geht ²⁵³⁾.

Unsere Problemstellung betrifft nicht die Frage der Ausübung von subjektiven Rechten; es geht um den nicht rechtsgeschäftlichen Erwerb eines subjektiven Privatrechts. Der nicht rechtsgeschäftliche Erwerb steht jedoch in enger Verwandtschaft zur Inhaberschaft. Der Erwerb ist die logische Vorstufe zur Inhaberschaft. Wenn aber der Unmündige in dem Innehaben von subjektiven Privatrechten grundsätzlich nicht anders gestellt wird, als ein Geschäftsfähiger, so muß dies auch bei dem notwendigen Durchgangsstadium des nicht rechtsgeschäftlichen Erwerbs, also des Anfalls eines Rechts, sein; anderenfalls könnte das Haben eines subjektiven Privatrechts für den Unmündigen nicht praktisch werden.

Der nicht rechtsgeschäftliche Erwerb, also der Anfall eines subjektiven Privatrechts, ist dem Bereich der "Inhaberschaft" zuzuordnen; mit der "Befugnis", dem "Ausüben" eines subjektiven Rechts, hat unser Problem nichts zu tun. Damit steht zunächst fest, daß der Gesichtspunkt des Minderjährigenschutzes für unsere Problemerkörterung

252) Reuter, Kindesgrundrechte, S. 53.

253) Reuter, a.a.O., S. 52 f.

nicht brauchbar ist; denn dieser Gesichtspunkt ist einschlägig im Bereich der "Befugnisse". Dabei dient der Gedanke des Minderjährigenschutzes der Abwehr von Gefahren, die dem Minderjährigen auf Grund seiner geringeren Einsichts- und Urteilsfähigkeit drohen. Die Gefahrenabwehr wird realisiert im rechtsgeschäftlichen Bereich durch das Aufstellen von besonderen Voraussetzungen an die Handlungsfähigkeit, in sonstigen Rechtsbereichen durch Abwenden eines für den Minderjährigen nachteiligen Rechtsverlustes. Der Gedanke des Minderjährigenschutzes hat somit nur Abwehrfunktion; er hat keine anspruchsbegründende Kraft 254).

Der Aufwendungsersatzanspruch kann für den minderjährigen Geschäftsführer nicht aus dem Gesichtspunkt des Minderjährigenschutzes begründet werden.

III. Der Gesichtspunkt der Billigkeit

Dem minderjährigen Geschäftsführer könnte der Anspruch auf Aufwendungsersatz aus dem Gesichtspunkt der Billigkeit zustehen.

Was ist Billigkeit? Billigkeit ist zunächst ein "vagabundierendes Element der Rechtsgestaltung 255)", das keinen fest umrissenen Bedeutungsgehalt hat. Daher ist die Billigkeit als Topos nur brauchbar, wenn er seinerseits wieder topisch aufgelöst wird. Dies geschieht hier in der Weise, daß für den nach Recht verlangenden Einzelfall die Billigkeit als Konkordanz von Wertbewußt-

254) Daher unzutreffend Schulien, NJW 1963, S.1879; Larenz, Schuldrecht, Bd. I (7.Aufl.) § 53 I a, die dem minderjährigen Geschäftsführer aus dem Gesichtspunkt des Minderjährigenschutzes den Anspruch nach § 683 S. 1 BGB zusprechen.

255) Esser, Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung im modernen Privatrecht; in Summum ius summa iniuria, S. 23.

sein und Wertverwirklichung bezeichnet wird ²⁵⁶⁾ oder als Ausgleich zwischen Recht und Rechtsbewußtsein im Sinne der Gerechtigkeit ²⁵⁷⁾. Was aber ist "Wert", was ist "Recht" ? Da es um eine allgemeinverbindliche Rechtsaussage geht, können Wert und Recht nicht aus den Überzeugungen des Beurteilenden abgeleitet werden, sondern sind in der Rechtsordnung selber aufzufinden. Billig ist somit nur das, was dem Wertsystem der Rechtsordnung entspricht ²⁵⁸⁾.

Konkretisiert auf unsere Untersuchung bedeutet dies : der minderjährige Geschäftsführer ist ersatzberechtigt, wenn unser Wertbewußtsein für den Rechtserwerb streitet, und dieses Empfinden in der Rechtsordnung durch eine entsprechende Wertaussage sanktioniert wird.

Das Wertempfinden spricht zugunsten des minderjährigen Geschäftsführers. Die Behandlung des Gesichtspunkts des Minderjährigenschutzes hat gezeigt, daß für den Erwerb eines subjektiven Rechts die Minderjährigkeit des Handelnden grundsätzlich irrelevant ist; denn das Interesse am Haben von subjektiven Rechten ist bei Minderjährigen und Geschäftsfähigen grundsätzlich gleichwertig. Sodann hat der Gesichtspunkt der Interessen gezeigt, daß der Geschäftsherr kein schutzwürdiges Interesse an der Abwehr des Erstattungsanspruchs eines minderjährigen Geschäftsführers hat, sofern dieser ein rechtmäßiges Geschäft für ihn geführt hat.

Das Wertempfinden ²⁵⁹⁾ spricht für den Anspruchserwerb des minderjährigen Geschäftsführers.

Eine das Wertempfinden sanktionierende Wertaussage könnte in § 107 BGB enthalten sein. Danach bedarf ein Minderjähriger zu einer Willenserklärung, durch die er lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, nicht der Einwil-

256) Gernhuber, Die Billigkeit und ihr Preis; in *Summum ius*, S. 206.

257) Kaufmann, *Aequitatis iudicium*, S. 17.

258) Gernhuber, a.a.O., S. 208.

259) Die Notwendigkeit eines Wertempfindens unterscheidet das noch Meinungsmäßige bereits vom irrationalen

ligung seines gesetzlichen Vertreters. Der Rechtsgedanke, der dem § 107 BGB zugrundeliegt, besagt : Die Minderjährigkeit des Handelnden ist dann nicht von Bedeutung, wenn die Handlung, deren Gültigkeit infrage steht, für ihn lediglich vorteilhafte Folgen hat. Dieser Rechtsgedanke trifft auch unsere Problemsituation. Die Pflichten des minderjährigen Geschäftsführers sind bereits in § 682 BGB bestimmt; ihr Umfang ist unabhängig davon, ob der Minderjährige den Aufwendungsersatzanspruch bekommt. Es geht somit für den minderjährigen Geschäftsführer in unserem Problem um einen lediglich rechtlichen Vorteil. Die Zubilligung des Ersatzanspruchs bringt dem Minderjährigen also keinen zusätzlichen Nachteil; "sie können ... nur gewinnen" ²⁶⁰⁾.

In diesem Fall verlangt die Billigkeit, entsprechend dem in § 107 BGB enthaltenen Gedanken, daß der Minderjährigkeit des Geschäftsführers für die Frage des Rechtserwerbs außer Betracht bleibt.

Das Wertbewußtsein steht in Konkordanz mit der Wertverwirklichung bzw. Recht und Rechtsbewußtsein entsprechen einander. Der Gesichtspunkt der Billigkeit fordert für den minderjährigen Geschäftsführer den Erwerb des Aufwendungsersatzanspruchs.

Die Billigkeit hat noch ein anderes Gesicht. Es ist geprägt von den "sozialen Kräften als Mitbestimmer einer neuen Rechtsauffassung" ²⁶¹⁾. Es versteht sich, daß die Billigkeit hier nicht als seriöser Methodengesichtspunkt auftritt; hierin arbeitet der "unjuristische" Gerechtig=

Fortsetzung der Fußnote 259) von Seite 86

Empfinden; denn es orientiert sich bereits an nachprüfbaren Kriterien.

260) Motive I, S. 133.

261) Esser, Billigkeit, S. 35 .

keitsdrang. Man verspürt dieses Billigkeitsdenken am besten, wenn man sich vorstellt, selber ein 19jähriger Schüler in dem Sachverhalt des Gerichtsurteils zu sein. Dann würde sich jeder als "geborener Kämpfer um's Recht ²⁶²⁾" ansehen und argumentieren : mit 14 Jahren kann ich frei über mein religiöses Bekenntnis bestimmen ²⁶³⁾, mit 18 Jahren kann ich zum Kriegsdienst eingezogen werden ²⁶⁴⁾, dann muß ich aber mit 19 Jahren auch ein vollgültiges Geschäft für einen Dritten führen können.

Dieser Vergleich der Altersstufen im Recht sollte nur soviel zeigen : Das tatsächliche Leben hat die Rechtsvorstellungen über die Minderjährigkeit mancherorts überrollt; Minderjährige begegnen uns heute in vielen Lebensbereichen, die früher ein Reservat für Mündige waren. Ein falsch verstandenes Festhalten an überkommenen Vorstellungen von der Minderjährigkeit kann den bezweckten Schutz in sein Gegenteil verkehren und zur Schlechterstellung, zur Diskriminierung des Minderjährigen führen ²⁶⁵⁾.

IV. Ergebnis nach der topischen Methode

Der Ausgangsfall muß folgendermaßen entschieden werden : Der minderjährige Geschäftsführer ist in bezug auf den Erwerb des Aufwendungsersatzanspruches nicht anders zu stellen, als ein mündiger Geschäftsführer. Der minderjährige Geschäftsführer hat somit unter den Voraussetzungen der §§ 677, 683 S. 1 BGB einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen.

262) Jhering, Kampf um's Recht, S. 52.

263) § 5 des Gesetzes über die religiöse Kindeserziehung, v. 15. Juli 1921.

264) § 1 des Wehrpflichtgesetzes in der Fassung vom 14. Mai 1965.

265) So aber LG Aachen in dem oben zitierten Urteil.

V.

Die Bedeutung des Methodenstreits

Es ergibt sich für den Ausgangsfall nach beiden Methoden - dem Systemdenken und dem Problemendenken - das gleiche Ergebnis. Eine ausführliche Abwägung der Methoden im Verhältnis zueinander ist somit nicht erforderlich ²⁶⁶⁾.

Zu dem Methodenstreit sei nur ein kurzes Wort gesagt. Die häufig behauptete Gegensätzlichkeit ist weitgehend ein konstruierter Gegensatz. Eine deduktionsfähige Systematisierung muß nämlich notwendigerweise von der Erfassung der Natur des Objektes ausgehen, das systematisiert werden soll ²⁶⁷⁾. In der Ermittlung der wahren Natur des Objekts und dem darauf aufbauenden System ²⁶⁸⁾ liegt häufig auch der topos des Problemdenkers. So wurde in unserem Fall ein System aufgebaut, das von der Interessenstruktur der jeweiligen juristischen Handlung ausging. Dieser Interessensgesichtspunkt ist zugleich der gebräuchlichste topos des Problemdenkers ²⁶⁹⁾. Topisches Denken und systematische Denkweise stehen somit nicht in einem schroffen

266) Erforderlich ist aber, daß man überhaupt die Lösung nach einer Methode anstrebt. Lösungswege, die ohne erkennbare Methodik beschritten werden, sind nämlich zum einen häufig Irrwege, die in gefühlsmäßige Entscheidungsbereiche führen; das gefühlsmäßige Judiz ist aber ein schwankender Wertungsmaßstab. Zum anderen sind die Ergebnisse, die ohne Angabe einer Methode gefunden werden, nicht nachprüfbar. Wenn auch Flume, Das Rechtsgeschäft, § 13 11 e, zu dem hier vertretenen Ergebnis gelangt, weil er dies für "sachgerecht" hält, so bleibt leider offen, auf welchem methodischen Lösungsweg er zu diesem Ergebnis gekommen ist.

267) Engisch, Studium Generale Bd. 10, S. 189.

268) In der Systematisierung, die auf wertgetragenen Begriffen beruht, kann man die Synthese des mittlerweile überwundenen Kampfes zwischen Begriffs- und Interessenjurisprudenz erblicken.

269) Viehweg, Topik, S. 64.

Gegensatzverhältnis²⁷⁰⁾. Sie können vielmehr durch wechselseitige Beeinflussung die Rechtsfindung erleichtern. Dabei kommt der Topik insbesondere bei der Gesetzesinterpretation große Bedeutung zu; als elastische Denktechnik befruchtet sie die juristische Phantasie und liefert dabei wertvolle Gesichtspunkte. Die Systematik hat demgegenüber die Aufgabe, einmal die gesetzeskonforme Rechtslösung zu finden und zum anderen neue Rechtsphänomene in die Rechtssystematik einzubauen, um damit die Rechtssicherheit zu gewährleisten.

§ 6

Rechtsvergleichung

Den Abschluß des bislang behandelten Problemkreises soll eine kurze rechtsvergleichende Betrachtung unseres Ergebnisses mit dem österreichischen und schweizerischen Recht bilden. In beiden Rechtskreisen ist die vorliegend behandelte Frage nicht ausdrücklich geregelt. Gleichwohl vertritt sowohl die österreichische²⁷¹⁾ als auch die schweizerische²⁷²⁾ Zivilistik das hier vertretene Ergebnis und billigt somit dem minderjährigen Geschäftsführer den Aufwendungsersatzanspruch auch ohne Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters zu.

270) Wenn somit zwischen beiden Methoden auch kein unversöhnlicher Gegensatz besteht, so ist gleichwohl die Unbedenklichkeit der einzelnen Methode, isoliert betrachtet, nicht bewiesen. So ist eine Topik, die auf die Systematik nicht im erforderlichen Umfang Rücksicht nimmt, gefährlich; sie läuft Gefahr einer Rechtsermittlung contra legem.

271) Gschnitzer, Lehrbuch, § 29 II 5; Swoboda, Bereicherung, S. 169; Klang-Stanzl, Komm. z. ABGB, § 1035 I 3.

272) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 419, Rdnr. 13; Bermann, Diss., S. 104; Berner Kommentar, Art. 421, Rdnr. 5 c.

B.

Die Verpflichtung
des minderjährigen Geschäftsführers
zum Schadensersatz

Nachdem im ersten Teil der Arbeit von der Rechtsstellung des minderjährigen Geschäftsführers im Hinblick auf sein Recht auf Aufwendungsersatz die Rede war, sollen nunmehr seine Verpflichtungen gegenüber dem Geschäftsherrn zum Schadensersatz für zugefügte Schäden untersucht werden.

§ 1

Die Pflichten
des geschäftsfähigen Geschäftsführers

Als Kontrast sei zunächst die Stellung eines mündigen Geschäftsführers behandelt. Es muß hierbei zwischen dem Durchführen eines fremden Geschäfts und der Übernahme, also dem Erkennbarmachen der Geschäftsführungsabsicht ²⁷³⁾, unterschieden werden. Für die Durchführung eines fremden Geschäfts gilt § 677 BGB; der Geschäftsführer hat das Geschäft so zu führen, wie es das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen erfordert. Ein schuldhafter Verstoß (§§ 276, 278 BGB) macht ihn für entstandene Schäden ersatzpflichtig. Für die Übernahme einer Geschäftsführung ohne Auftrag bestehen die Sondervorschriften der §§ 678 - 680 BGB; danach ist ein Geschäftsführer, der gegen den erkennbaren Willen des Geschäftsherrn dessen Geschäfte führt, grundsätzlich zum Schadensersatz verpflichtet, auch wenn ihm ein sonstiges Verschulden nicht zur Last fällt.

Wenn die Übernahme oder die Durchführung des fremden Geschäfts den Tatbestand des § 823 I BGB erfüllt, so

373) Palandt-Grauw, § 677 A 4 d .

entstehen daneben auch deliktische Ersatzverpflichtungen für den Geschäftsführer.

§ 2

Die Pflichten
des minderjährigen Geschäftsführers

Für den minderjährigen Geschäftsführer fehlt eine ausführliche Regelung. Es ist daher zu untersuchen, ob er sich wie ein mündiger Geschäftsführer ersatzpflichtig machen kann.

Es wird im folgenden zwischen der Geschäftsführung eines minderjährigen Geschäftsführers mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters und einer Geschäftsführung ohne dessen Zustimmung unterschieden werden. Zunächst soll der letztere Fall untersucht werden.

I.

Der gesetzliche Vertreter
stimmt der Geschäftsführung nicht zu

Dafür gilt unstreitig zunächst die Regelung des § 682 BGB. Der minderjährige Geschäftsführer haftet dem Geschäftsherrn für den zugefügten Schaden nur nach Deliktsrecht; der minderjährige Geschäftsführer ist nicht nach den §§ 677 ff. BGB i.V. mit den allgemeinen Vorschriften verantwortlich. Zwischen der Ausführung und der Übernahme einer Geschäftsführung ist daher nicht zu unterscheiden.

Dieses Ergebnis könnte unbillig sein, wenn der minderjährige Geschäftsführer, der dem Geschäftsherrn einen Schaden zugefügt hat, für den er diesem nach §§ 682, 823, 828 Abs. 2 BGB nicht haftet, seinen Anspruch auf Aufwendungsersatz ²⁷⁴⁾ geltend macht. Wäre hier nicht eine

274) Der deliktisch nicht verantwortliche Geschäftsführer erlangt nach der hier vertretenen Auffassung den Auf=

Regelung billiger nach dem Grundsatz : Wer den guten Tropfen genießt, muß auch den bösen genießen ²⁷⁵⁾ ?

a) Die Ansicht von Knoche

Dieses Ziel versucht Knoche zu erreichen. Danach kann der Geschäftsherr den minderjährigen Geschäftsführer zwar nur unter den Voraussetzungen der §§ 682, 823 ff. BGB selbständig in Anspruch nehmen. Für den Fall aber, daß ihn ein minderjähriger, deliktisch nicht verantwortlicher Geschäftsführer (§ 828 Abs. 2 BGB), auf Aufwendungsersatz in Anspruch nimmt, könne er dessen Ersatzverpflichtung einredeweise in Analogie zu §§ 273, 274, 320, 322, 387 BGB von einer Ausgleichung seines Schadens abhängig machen. Er stützt diese Schadensabwälzung auf den, wie er sagt, tragenden Ordnungsgedanken des Allgemeinen Teils und des Schuldrechts, wonach Leistung und Gegenleistung, Rechte und Pflichten in einem Verhältnis gegenseitiger Sinnbezogenheit stehen ²⁷⁶⁾. Aus diesem immanenten Äquivalenzverhältnis folge die Möglichkeit einer Schadensabwälzung auf den minderjährigen Schädiger.

Dieser Weg sei unserem Recht auch durch das dem römischen und gemeinen Recht vertraute negotium claudicans vorgezeichnet ²⁷⁷⁾. Danach erwarb ein Minderjähriger, der sine auctoritate ein Austauschgeschäft abgeschlossen hatte, die Rechte aus dem Geschäft, ohne einerseits dem Gegner ex contractu verantwortlich zu sein. Machte aber der Minderjährige seine Rechte gegenüber dem Vertragsgegner geltend, so mußte er die nicht geschuldete Gegenleistung gleichwohl erbringen.

Fortsetzung der Fußnote 274) von Seite 92

wendungsersatzanspruch unter den Voraussetzungen der §§ 677, 683 S. 1 BGB.

275) Knoche, in MDR 1964, S. 194.

276) Knoche, MDR 1964, S. 194.

277) Knoche, MDR 1964, S. 195.

b)-

Stellungnahme

Diese Auffassung ist originell, aber dogmatisch nicht haltbar. Zwar mag das Ergebnis de lege ferenda billig sein, gleichwohl läßt sich mit der oben vorgetragenen Begründung dieses Ziel nicht erreichen.

Zunächst ist die These von dem immanenten Äquivalenzverhältnis als einem tragenden Ordnungsgedanken des Allgemeinen Teils und des Schuldrechts nicht zutreffend. In einem solchen Abhängigkeitsverhältnis stehen lediglich die Rechte und Pflichten der synallagmatischen Verträge ²⁷⁸⁾.

Sodann ist für eine Analogie der §§ 273, 274, 320, 322, 387 BGB kein Raum. Eine Analogie setzt nämlich eine Gemeinsamkeit des gesetzlichen Tatbestandes mit dem nicht geregelten Tatbestand in dem Punkt voraus, der nach gesetzlicher Wertung für die Rechtsfolgen maßgeblich ist ²⁷⁹⁾. Dies ist bei den Zurückbehaltungsrechten die gleichzeitige Schuldner-Gläubigerstellung der Beteiligten. Hier aber ist der Geschäftsherr gerade nicht Gläubiger des minderjährigen Geschäftsführers, sondern lediglich sein Schuldner ²⁸⁰⁾.

Schließlich gibt auch der Hinweis auf das negotium claudicans keinen brauchbaren Anhaltspunkt für unseren Fall; denn einmal fand es nur auf Austauschverträge Anwendung ²⁸¹⁾, wozu aber unstreitig die Geschäftsführung ohne Auftrag nicht gehörte, zum anderen ist diese Konstruktion für das heutige Recht überflüssig. Die synallagmatische Natur der Austauschverträge verbietet nämlich eine isolierte Betrachtung der Rechte und Pflichten der Parteien ²⁸²⁾

278) Larenz, Schuldrecht I, § 18 I, völlig herrschende Meinung.

279) Herrfahrdt, Diss., S. 43.

280) Diederichsen, a.a.O., MDR 1964, S.891 f.

281) Dernburg II, § 20, 2.

282) Larenz, Schuldrecht I, § 18 I, "genetisches Synallagma".

in der Art, daß Rechte für einen Minderjährigen entstehen, Pflichten dagegen nicht.

Knoches Vorschlag ist dogmatisch nicht haltbar. Der angeblich unbillige Erwerb des Aufwendungsersatzanspruchs durch einen minderjährigen Geschäftsführer, der für die dem Geschäftsherrn zugefügten Schäden nicht verantwortlich ist, kann durch ein Zurückbehaltungsrecht zugunsten des Geschäftsherrn nicht verhindert werden ²⁸³⁾.

Demgegenüber zeigt Diederichsen einen Weg, der von dogmatischer Sicht aus erfolgsversprechender ist ²⁸⁴⁾. Er sieht in der Saldotheorie einen Modellfall für das vorliegende Problem. Danach wird eine Forderung eingeschränkt, obwohl der Kondiktionsgegner keine eigene Forderung hat, § 818 III BGB; hier würde der Aufwendungsersatzanspruch um den Schadensbetrag gekürzt, der dem Geschäftsherrn entstanden ist, obwohl er gegenüber dem minderjährigen Geschäftsführer keinen Anspruch auf Schadensersatz hat, §§ 682, 828 II BGB.

Der Saldogedanke muß aber letztlich auch verworfen werden. Einmal liegt bei der Geschäftsführung eines Minderjährigen kein faktisches Synallagmaverhältnis vor, wie es die Saldotheorie voraussetzt; zum anderen spricht der Minderjährigenschutz gegen eine entsprechende Übertragung ²⁸⁵⁾ ²⁸⁶⁾.

283) Bei Knoche lassen sich eindrucksvoll die Gefahren aufzeigen, die von einem einseitig topischen Denken ausgehen. Sein topos war: "Wer den guten Tropfen genießt, muß auch den bösen genießen". Das so präjudizierte Ergebnis wurde dann von ihm in ein Systemkleid gepresst.

284) Diederichsen in MDR 1964, S. 892.

285) Diederichsen, a.a.O.

286) In der Nichtanwendbarkeit der Saldotheorie zeigt sich wiederum die Abwehrfunktion des Minderjährigenschutzes, s. S. 84 f.; der Minderjährigenschutz verhindert die "Kürzung" des Aufwendungsersatzanspruchs.

Eine Abwälzung des Schadens auf den minderjährigen, deliktisch nicht verantwortlichen Geschäftsführer ist somit nicht möglich. Aus der Regelung der §§ 682, 828 II BGB ergibt sich, daß der von einem minderjährigen, deliktisch nicht verantwortlichen Geschäftsführer verursachte Schaden vom Geschäftsherrn selbst getragen werden muß, während der minderjährige Geschäftsführer vollen Aufwendungsersatz beanspruchen kann.

Dies ist nicht unbillig; denn dem Schutzbedürfnis des Geschäftsherrn wird ausreichend dadurch Rechnung getragen, daß der Aufwendungsersatzanspruch dem minderjährigen Geschäftsführer nur dann zusteht, wenn die Geschäftsführung rechtmäßig ist. Die Rechtmäßigkeit bemißt sich nach dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn an der Geschäftsführung, § 683 S. 1 BGB. Dadurch besteht zugunsten des Geschäftsherrn ein Regulativ, das Unbilligkeiten verhindert. Zugleich steht damit fest, daß Knoches Befürchtungen in nur wenigen Fällen praktisch werden können. Es ist daher festzuhalten : Der minderjährige Geschäftsführer, der ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters ein fremdes Geschäft führt, ist für den von ihm verursachten Schaden nur unter der Voraussetzung der §§ 823 ff. BGB verantwortlich. Eine darüberhinausgehende Schadensabwälzung auf den minderjährigen Geschäftsführer ist nicht möglich.

II. Der gesetzliche Vertreter stimmt der Geschäftsführung zu

Nach welchen Grundsätzen bemißt sich dagegen die Ersatzverpflichtung eines minderjährigen Geschäftsführers, der die Geschäftsführung mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters betreibt ? Es gibt zwei Möglichkeiten : Entweder regelt man diesen Fall genau so wie die oben erwähnte Geschäftsführung, zu der eine Zustimmung des gesetzlichen

Vertreters nicht erteilt worden ist, oder aber der minderjährige Geschäftsführer wird durch die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters wie ein Mündiger behandelt.

a) Meinungsstand in der Literatur

Die Frage ist in der Literatur umstritten. Während die Mindermeinung die Haftbeschränkung nach § 682 BGB auch bei einer Zustimmung des gesetzlichen Vertreters annimmt ²⁸⁷⁾, ist die h.M. ²⁸⁸⁾ anderer Auffassung. Danach heilt die Zustimmung den "Makel" der Minderjährigkeit und stellt den minderjährigen Geschäftsführer einem mündigen gleich. Dies hat zur Folge, daß § 682 BGB keine Anwendung findet und der minderjährige Geschäftsführer dem Geschäftsherrn auch nach § 677 ff. BGB in Verbindung mit den allgemeinen Vorschriften auf Schadensersatz haftet.

Ein Großteil der herrschenden Meinung begründet die Haftungsverschlechterung des Minderjährigen mit einer entsprechenden Anwendung der §§ 107, 111 BGB. Danach könne ein Minderjähriger die rechtlichen Nachteile rechtsgeschäftlichen Handelns nicht selbst für sich begründen, es sei denn, er handelt mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. In diesem Fall treffen den Minderjährigen die gleichen Rechte und Pflichten wie einen Mündigen. Da die Geschäftsführung ohne Auftrag auch rechtliche Nachteile zur Folge habe, läge die Normsituation der §§ 107, 111 BGB vor.

287) Leonhard, Lehrbuch, § 226, S. 433; Manigk, Willenserklärung, S. 689; Matthiaß, Lehrbuch, § 138 B 4, S. 687.

288) Achilles-Greiff-Brüggemann, § 682; Crome, Lehrbuch, § 255; Fußnote 45; Dernburg, Die Schuldverhältnisse, § 301, S. 384, Fußnote 3; Erman-Hauß, § 682, A. 3; Enneccerus-Lehmann, § 166 II 3; Flume, Rechtsgeschäft, § 13 11 e; Klein, Die Rechtshandlungen, S. 93; Loewenwarter, § 682; Planck, § 682, Anm. 1; Windscheid-Kipp, § 430, 1, 6.

Eine Analogie zum Rechtsgeschäft rechtfertige sich hier aus der geschäftsähnlichen Rechtsnatur der Geschäftsführung ohne Auftrag.

Zu dem Ergebnis der Gleichbehandlung des minderjährigen Geschäftsführers mit einem Geschäftsfähigen kommt ein anderer Teil der herrschenden Meinung, obwohl die geschäftsähnliche Rechtsnatur der Geschäftsführung ohne Auftrag geleugnet wird und somit eine entsprechende Anwendung der §§ 107, 111 BGB ausscheidet ²⁸⁹⁾. Das Ergebnis wird von Klein aus § 179 Abs. 3 BGB abgeleitet. § 179 Abs. 3 BGB regelt den Fall einer Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu der Geschäftsführung eines Minderjährigen. Da das Gesetz somit eine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters anerkenne, müsse eine Geschäftsführung ohne Zustimmung andere Folgen nach sich ziehen, als eine Geschäftsführung mit Zustimmung. Da der minderjährige Geschäftsführer nach § 682 BGB nur deliktisch verantwortlich ist, wenn sein gesetzlicher Vertreter keine Zustimmung erteilt hat, müsse der Minderjährige notwendigerweise einem Mündigen gleichbehandelt werden, wenn der gesetzliche Vertreter die Zustimmung zur Geschäftsführung erteilt.

Demgegenüber argumentiert die Mindermeinung mit folgender Beweisführung : Durch § 682 BGB werde bei der Geschäftsführung eines Minderjährigen auf Deliktsrecht verwiesen und damit auf die Grundsätze deliktischer Handlungsfähigkeit ²⁹⁰⁾. Dies habe zur Folge, daß für eine Zustimmungsmöglichkeit des gesetzlichen Vertreters kein Raum sei. So könne z.B. der gesetzliche Vertreter einen deliktisch nicht verantwortlichen Täter nicht dadurch verantwortlich machen, daß er die gefährliche Tätigkeit erlaubt.

289) Flume, Rechtsgeschäft, § 13 11 e; Klein, Die Rechtshandlung, S. 93 .

290) Leonhard, Lehrbuch, § 226, S. 433; Manigk, Willenserklärung, S. 689.

b)

Stellungnahme

Zunächst soll zur Argumentation der herrschenden Meinung Stellung genommen werden. Soweit danach das Ergebnis aus der analogen Anwendung der §§ 107, 111 BGB gewonnen wird, muß diese Beweisführung nach der hier vertretenen Auffassung als Folge der falsch erkannten Rechtsnatur von der Geschäftsführung ohne Auftrag abgelehnt werden. Die Geschäftsführung ohne Auftrag ist ein Realakt ²⁹¹⁾. Somit ist die Übertragung der §§ 107, 111 BGB auf die Geschäftsführung ohne Auftrag eine "grundsatzlose, willkürliche Art der Normanwendung ²⁹²⁾".

Aber auch dem Versuch, das herrschende Ergebnis aus § 179 Abs. 3 BGB abzuleiten, kann nicht gefolgt werden. Der Fehler dieser Beweisführung liegt in der Verkennung der rechtlichen Bedeutung, die in dieser Genehmigung liegt. Die Genehmigung nach § 179 Abs. 3 BGB hat, wie oben in anderem Zusammenhang bereits gesagt wurde, nur Bedeutung für das Verhältnis des Minderjährigen zum Kontrahierungsgegner (Außenverhältnis); für die Beziehung des minderjährigen Vertreters zum Vertretenen (Innenverhältnis), dem Geschäftsführungsverhältnis, hat die Genehmigung keine Bedeutung ²⁹³⁾. Somit können aus dieser Genehmigung keine Rückschlüsse auf die Geschäftsführung ohne Auftrag gezogen werden.

Aber auch die Argumentation der Minderung ist nicht haltbar. Durch die Verweisung des § 682 BGB auf das Deliktsrecht ist nicht die Zustimmungsmöglichkeit des gesetzlichen Vertreters zu der Geschäftsführung eines Minder=

291) Siehe oben S. 67 ff. der Arbeit.

292) Manigk, Willenserklärung, S. 689.

293) Pürschel, Diss., S. 41

jährigen ausgeschlossen. Dieser Schluß aus § 682 BGB ist eine *petitio principii*. Die gesetzliche Regelung besagt nämlich zunächst nur, wie bei der Geschäftsführung eines minderjährigen Geschäftsführers zu verfahren ist, wenn der gesetzliche Vertreter sich nicht geäußert hat; eine Zustimmungsmöglichkeit des gesetzlichen Vertreters wird in § 682 BGB weder eröffnet noch verworfen. Ob diese gesetzliche Nichtregelung ein beredtes Gesetzesschweigen²⁹⁴⁾ ist, muß der Untersuchungsgegenstand sein.

In jedem Fall muß der Mindermeinung entgegengehalten werden, daß eine Zustimmungsmöglichkeit des gesetzlichen Vertreters mit der Folge der Gleichbehandlung mit einem Mündigen denkbar wäre. Diese Zustimmung würde die deliktische Verantwortlichkeit des Minderjährigen unberührt lassen und lediglich die nicht deliktische Haftung nach §§ 677 ff. BGB i.V. mit den allgemeinen Vorschriften begründen. Der Grundsatz, wonach deliktische Verantwortlichkeit des Täters nicht durch die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu der Tat begründet werden kann, wird dadurch nicht verletzt.

Auch muß diese Zustimmung nicht, wie nach der herrschenden Meinung, rechtsgeschäftlicher oder zumindest rechtsgeschäftsähnlicher Natur sein. Es würde sich hierbei lediglich um das Erfordernis einer nicht rechtsgeschäftlichen Einverständniserklärung handeln, die das Gesetz auch an anderer Stelle kennt²⁹⁵⁾. Man könnte sich daher die Ausgestaltung des Sorgerechts des gesetzlichen Vertreters im vorliegenden Problem in der Art vorstellen, daß dieser durch die Zustimmungsmöglichkeit die Entscheidung darüber treffen kann, ob der Minderjährige bei der Geschäftsführung in seinen Rechten und Pflichten dem Mündigen gleichgestellt werden soll. Beide Auffassungen

294) Larenz, Methodenlehre, S. 249.

295) Z.B. § 1726 BGB.

vertreten somit Ansichten, die vom Ergebnis her zunächst vertretbar erscheinen.

c)

Die Gesetzesauslegung

Die Entscheidung soll durch Gesetzesauslegung gewonnen werden. Da der Wortlaut der §§ 677 ff. BGB nicht ergiebig ist, soll zunächst der historische Wille des Gesetzgebers 296) untersucht werden.

Dem Gesetzgeber fehlen präzise Vorstellungen für unser Problem. Gleichwohl sind unter den ungenauen Formulierungen bei näherem Untersuchen Vorstellungen sichtbar, die für unsere Frage von Bedeutung sein könnten. Danach sind auf die Geschäftsführung ohne Auftrag die Regeln über die rechtsgeschäftliche Handlungsfähigkeit anzuwenden 297). Dies könnte bedeuten, daß der historische Gesetzgeber die Geschäftsführung eines Minderjährigen nur dann als wirksam ansah, wenn der gesetzliche Vertreter seine Zustimmung erteilte. Gegen diese Auslegung spricht der Erörterungszusammenhang der angeführten Stelle in den Motiven. Dort werden nämlich nur die Rechte des Geschäftsherrn gegenüber dem Geschäftsführer behandelt. Danach hat der Geschäftsherr gegenüber einem mündigen Geschäftsführer den Ersatzanspruch nach § 677 BGB i.V. mit den allgemeinen Vorschriften. Ansonsten wird er auf deliktische Ersatzansprüche beschränkt. Damit steht zunächst fest, daß der Wille des historischen Gesetzgebers die Geschäftsfähigkeit des Geschäftsführers nur für die Entstehung seiner nicht deliktischen Pflichten verlangt 298).

296) Larenz, Methodenlehre, S. 237.

297) Motive II, S. 860.

298) Die Übertragung der Grundsätze von der rechtsgeschäftlichen Handlungsfähigkeit war die konsequente Folge, die sich aus der nichtdeliktischen Natur der Geschäftsführung ohne Auftrag als solcher ergab.

Fraglich ist aber, ob mit der Forderung nach Geschäftsfähigkeit für die nichtdeliktische Haftung auch die Möglichkeit einer Zustimmung des gesetzlichen Vertreters im Falle der Minderjährigkeit eines Geschäftsführers vertreten wurde. In diesem Fall wäre die Analogie der §§ 107, 111 BGB, die von der herrschenden Meinung vertreten wird, naheliegend. Die Motive sind hierin nicht eindeutig. Dagegen spricht, daß sie nicht die Stellung des gesetzlichen Vertreters bei der Geschäftsführung eines Minderjährigen behandeln und auch nicht von seiner Zustimmungsmöglichkeit sprechen. Es ist daher möglich, daß der Gesetzgeber mit der Übertragung des Geschäftsfähigkeitserfordernisses auf den Geschäftsführer lediglich eine besondere starre Voraussetzung der Handlungsfähigkeit aufstellen wollte, bei deren Nichterfüllung eine außerdeliktische Haftung des Geschäftsführers ausscheidet, unabhängig von einer Zustimmung des gesetzlichen Vertreters.

Da aber der Wille des Gesetzgebers in dieser Frage nicht eindeutig ist, muß eine Motivuntersuchung, die sich nicht den Vorwurf der Spekulation zuziehen will, mit einem "non liquet" für unser Problem enden.

Eine Klärung könnte sich aus systematischer Sicht ergeben ²⁹⁹⁾. Betrachtet man den Wortlaut des § 682 BGB, so bemerkt man, daß er nicht von einer Zustimmungsmöglichkeit des gesetzlichen Vertreters spricht. Dies ist außergewöhnlich, weil das Gesetz überall dort, wo es eine Regelung für nicht deliktische Handlungen eines Minderjährigen trifft, gleichzeitig die Stellung seines gesetzlichen Vertreters festlegt ³⁰⁰⁾. Daraus muß man für unseren Fall annehmen, daß der Wille des gesetzlichen Vertreters im Hinblick auf die Geschäftsführung eines Minderjährigen unbeachtlich ist.

299) Larenz, Methodenlehre, S. 244 .

300) Z.B. §§ 107, 112, 113, 179 Abs. 3, 1411, 1726, 2238 III BGB.

Dieses Ergebnis wird bestätigt, wenn man von Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung ausgeht ³⁰¹⁾. Das Gesetz will in § 682 BGB unstreitbar den unmündigen Geschäftsführer vor außerdeltischen Ersatzansprüchen schützen. Dieser Schutz wäre aber unzureichend, wenn der gesetzliche Vertreter die Geschäftsführung eines Unmündigen genehmigen könnte mit der Folge einer Gleichbehandlung des minderjährigen Geschäftsführers mit einem geschäftsfähigen. Dadurch würden nur zusätzlich Pflichten ³⁰²⁾ auf den Minderjährigen zukommen, ohne Stärkung seiner Rechtsposition ³⁰³⁾. Dadurch unterscheidet sich nämlich die Stellung des Minderjährigen bei einer Geschäftsführung ohne Auftrag, von der bei einem Rechtsgeschäft; während hier der gesetzliche Vertreter die Zustimmung von einer Abwägung der für den Minderjährigen entstehenden Vor- und Nachteile abhängig machen kann, würde dort die Zustimmung lediglich ein Mehr an Pflichten für den Minderjährigen zur Folge haben. Einen derartigen sinnwidrigen Zweck kann aber das Gesetz nicht verfolgen. Bei teleologischer Auslegung des § 682 BGB scheidet die Möglichkeit einer Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu der Geschäftsführung eines Unmündigen aus.

301) Larenz, Methodenlehre, S. 250 .

302) Weil er nach der hier vertretenen Auffassung den Aufwendungsersatzanspruch erhält.

303) Zu diesem unerfreulichen Ergebnis kommen aber Flume, Rechtsgeschäft, § 13 11 e; Klein, Rechtshandlungen, S. 93, die dem Minderjährigen den Anspruch auf Aufwendungsersatz zusprechen, auch wenn der gesetzliche Vertreter der Geschäftsführung nicht zugestimmt hat. Wenn aber der gesetzliche Vertreter der Geschäftsführung zustimmt, so hat der Minderjährige hiernach die gleichen Pflichten wie ein mündiger Geschäftsführer. Dagegen vermeidet die herrschende Meinung diese nicht glückliche Regelung. Danach bringt die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters auch Vorteile, nämlich den Aufwendungsersatzanspruch, neben der Erweiterung seiner Pflichten, z.B. Palandt-Gramm, § 682, Anm. 1 .

d)

Ergebnis

Als Ergebnis ist daher festzuhalten : Der nichtgeschäftsfähige Geschäftsführer haftet dem Geschäftsherrn für Schäden ausschließlich nach den Grundsätzen der unerlaubten Handlungen.

C.

Der Verzicht
des minderjährigen Geschäftsführers auf
Aufwendungsersatz, § 685 Abs. 1 BGB

Ein dritter Problemkreis, der für die Behandlung des Minderjährigen im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag von Bedeutung ist, soll nunmehr untersucht werden. Es handelt sich dabei um folgende Frage : Kann der minderjährige Geschäftsführer, unabhängig von der Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters, auf den Anwendungsersatzanspruch, §§ 683 S. 1, 670 BGB, verzichten ? ³⁰⁴⁾

§ 1 Der Verzicht auf den bereits entstandenen
Aufwendungsersatzanspruch

Es muß unterschieden werden zwischen dem Verzicht auf einen bereits bestehenden Aufwendungsersatzanspruch und dem Verzicht auf einen noch nicht entstandenen Erstattungsanspruch. Der erste Fall ist unproblematisch. Er ist in § 397 BGB geregelt. Danach ist für den Verzicht ein Erlaßvertrag ³⁰⁵⁾ zwischen Gläubiger und Schuldner erforderlich. Es handelt sich somit um ein Rechtsgeschäft. Der minderjährige Geschäftsführer ist folglich an die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters gebunden.

304) Verzicht wird hier im untechnischen Sinne einer Preisgabe von Rechten verstanden.

305) Verzicht als einseitiges Rechtsgeschäft ist im Schuldrecht grundsätzlich nicht möglich. Palandt-Danckelmann, § 397, Anm. 1 a; hierzu kritisch Heck, Lehrbuch, S. 173, Ausnahme : Verzicht auf das Forderungsrecht aus einer Auslobung.

§ 2

Der Verzicht
auf den noch nicht entstandenen
Aufwendungsersatzanspruch

Es soll nunmehr der Fall einer Geschäftsführung erörtert werden, bei der ein minderjähriger Geschäftsführer bereits bei Vornahme der Geschäftsführung auf den Anwendungersatz verzichten will. Das Gesetz hat hierfür eine Regelung getroffen. Nach § 685 Abs. 1 BGB steht dem Geschäftsführer "ein Anspruch nicht zu, wenn er nicht die Absicht hatte, von dem Geschäftsherrn Ersatz zu verlangen." Diese Regelung betrifft unbestreitbar zunächst den mündigen Geschäftsführer. Ist diese Vorschrift aber auch auf den minderjährigen Geschäftsführer anzuwenden ?

I. Der Meinungsstand in der Literatur
und Stellungnahme

Diese Frage ist in der Literatur kaum erörtert worden. Es gibt, soweit ersichtlich, nur zwei Stellungnahmen ³⁰⁶⁾. Danach sei der "Verzicht" nach § 685 Abs. 1 BGB ein Rechtsgeschäft; daher könne der minderjährige Geschäftsführer nicht wirksam auf die Entstehung seines Aufwendungsersatzanspruchs verzichten. Die rechtsgeschäftliche Natur des Verzichts wird damit begründet, daß der Wille des Geschäftsführers dem Inhalt nach "sich auf die Rechtsfolgen selbst zu richten hat ³⁰⁷⁾".

306) Manigk, Willenserklärung, S. 687; Klein, Rechtshandlungen, S. 94.

307) Manigk, Willenserklärung, S. 531 .

Diese Auffassung ist bedenklich. Einmal ist sie nur denkbar als Ausnahme von dem Grundsatz, wonach ein rechtsgeschäftlicher Verzicht auf schuldrechtliche Ansprüche nur durch Vertrag und nicht durch einseitigen Willensakt erfolgen kann ³⁰⁸⁾; für eine derartige bedeutende Ausnahme sind aber keine Anhaltspunkte ersichtlich. Sowohl Gesetzeswortlaut als auch Motive sprechen nicht von einem rechtsgeschäftlichen Willen, sondern begnügen sich allgemein mit einer Willensäußerung des Geschäftsführers ³⁰⁹⁾.

Sodann spricht die systematische Stellung des § 685 I BGB gegen eine rechtsgeschäftliche Natur des "Verzichts". § 685 I BGB steht im Zusammenhang mit den §§ 683 ff. BGB und somit den Regeln, die die Rechtsposition des Geschäftsführers ex lege ordnen. Wenn aber das Gesetz bei sämtlichen Rechtsfolgen der Geschäftsführung nur objektive Umstände und den natürlichen Willen der Beteiligten als Anknüpfungspunkt für die Gesetzesregelung anerkennt, so ist nicht ersichtlich, warum das Gesetz hier ausnahmsweise die Rechtsfolgen auf einen rechtsgeschäftlichen Willen zurückführt.

Vertritt man aber die Auffassung von der rechtsgeschäftlichen Natur des Verzichts, so zerlegt man den einheitlichen Lebensvorgang in den Realakt der Geschäftsführung und den rechtsgeschäftlichen Verzicht; der Verzicht wäre das rechtsgeschäftliche Mehr gegenüber dem Realakt. Dies hätte zur Folge, daß durch den Realakt der Geschäftsführung ohne Auftrag zunächst sämtliche Rechte und Pflichten ex lege zur Entstehung gelangen ³¹⁰⁾ und

308) Dieser Grundsatz bezieht sich nämlich auf den Verzicht von bereits entstandenen, als auch zukünftig noch entstehenden Ansprüchen. Palandt-Danckelmann, § 397, Anm. 1 b.

309) Motive II, S. 863.

310) Da der Geschäftsführer ein fremdes Geschäft für einen anderen führen will, ohne dazu berechtigt zu sein, liegen die Voraussetzungen des § 677 BGB vor.

erst durch den Verzicht des Geschäftsführers der Aufwendungsersatzanspruch untergehen würde. Dies wäre aber mit § 685 I BGB nicht zu vereinbaren, wonach bei Äußerung eines Verzichtswillens der Anspruch nicht entsteht.

Die These von der rechtsgeschäftlichen Natur des Verzichts auf Aufwendungsersatz, § 685 I BGB, ist daher abzulehnen. Man muß sie als Folge falscher Folgerungen aus der Willensrichtung, die § 685 I BGB voraussetzt, ansehen. Wenn das Gesetz in § 685 I BGB eine Willensrichtung verlangt, die auf einen Rechtserfolg - Nichtentstehung des Ersatzanspruchs - gerichtet ist, so folgt daraus nicht bereits der Rechtsfolgewille, den das Rechtsgeschäft voraussetzt. Das Gesetz kann nämlich auch bei einem Realakt eine auf einen Rechtserfolg abzielende Richtung eines natürlichen Willens verlangen. So fordert das Gesetz bei dem Institut der Aneignung, § 958 BGB, das von der Rechtsnatur her ein Realakt ist ³¹¹⁾, den Willen des Aneignenden die Sache als Eigentümer in Besitz zu nehmen ³¹²⁾. Daraus folgt, daß auch ein natürlicher Wille aufgrund gesetzlicher Anordnung auf einen Rechtserfolg gerichtet sein kann.

Die von dem Gesetz verlangte, auf einen Rechtserfolg abzielende Willensrichtung des § 685 I BGB macht diesen Willen nicht allein zum Rechtsfolgewillen. Erforderlich

Fortsetzung der Fußnote 310) von Seite 107

Sofern § 683 S.1 BGB erfüllt ist, müßten hiernach die Ersatzansprüche des Geschäftsführers zunächst ex lege entstehen.

311) Erman-Mefermehl, § 958, Anm. 2; terminologisch als Rechtshandlung bezeichnet, aus der näheren Behandlung folgt aber die Einordnung als Realakt. Ebenso Palandt-Hoche, § 958, Anm. 2 b, h. M., aber streitig. A.A. Enneccerus-Nipperdey, § 145 II A 3, danach ist die Aneignung eine Willenserklärung.

312) Erman-Mefermehl, § 958, Anm. 2.

wäre weiterhin, daß der Wille der Geltungsgrund der Rechtsfolge ist. Dies ist aber dann nicht der Fall, wenn das Gesetz die Rechtsfolgen, wie im Vorliegenden, von sich aus setzt 313) 314).

II. Die hier vertretene Auffassung

Im Gegensatz zu der oben vertretenen Eigenständigkeit des § 685 I BGB neben der Geschäftsführung nach §§ 677, 683 BGB, wird hier in § 685 I BGB kein gesonder=tes Institut neben der Geschäftsführung gesehen. Es handelt sich dabei vielmehr um den Sonderfall einer Geschäftsführung, bei der ein Aufwendungsersatzanspruch des Geschäftsführers, bei ansonsten unveränderten Rechten und Pflichten der Beteiligten, nicht zur Entstehung gelangt, weil das Gesetz an den natürlichen Verzichtswillen des Geschäftsführers, der eine zusätzliche Tatbestandsvoraussetzung gegenüber dem Grundfall der §§ 677, 683 BGB ist, den Verlust des Aufwendungsersatzanspruchs ex lege anknüpft; die sonstigen Rechte und Pflichten entstehen genauso wie bei einer Geschäftsführung, die ein Geschäftsführer ohne Verzichtswillen betreibt. Dies ergibt sich aus der systematischen Stellung im Gesetz, das in § 685 I BGB nur eine besondere Gestaltung der Geschäftsführung sieht.

Welche Folgen ergeben sich daraus für unsere Ausgangsfrage ? Zunächst steht damit fest, daß auch die Geschäftsführung, bei der ein minderjähriger Geschäftsführer auf

313) Siehe oben, S. 58 f. der Arbeit.

314) Daher ist die Aneignung auch keine Willenserklärung; zwar ist der Wille auf einen Rechtserfolg gerichtet, aber gleichwohl werden die Rechtsfolgen vom Gesetz angeordnet.

seinen Aufwendungsersatz verzichten will, ein Realakt ist. Daher sind die §§ 104 ff. BGB unanwendbar, und das Erfordernis einer besonderen Handlungsfähigkeit besteht kraft Gesetzes nicht ³¹⁵⁾

a) Der Minderjährigenschutz

Die Verzichtsmöglichkeit könnte aber dem minderjährigen Geschäftsführer aus dem Gesichtspunkt des Minderjährigenschutzes fehlen. Der Gedanke des Minderjährigenschutzes besagt, daß dieser Personenkreis aufgrund seiner mangelnden Einsichts- und Urteilsfähigkeit in der Ausübung seiner Rechte beschränkt wird ³¹⁶⁾. Dadurch soll eine rechtlich nachteilige Selbstverpflichtung oder die Preisgabe von Rechten durch den Minderjährigen verhindert werden ³¹⁷⁾ ³¹⁸⁾.

Dieses Schutzziel betrifft in erster Linie den Bereich rechtsgeschäftlichen Handelns. Darüber hinaus ist der Gedanke des Minderjährigenschutzes ein in sämtlichen, nichtdeliktischen ³¹⁹⁾ Bereichen anwendbarer Grundsatz ³²⁰⁾.

Geht man von diesem Schutzziel aus, so ergibt sich folgendes: Der Grund für den Aufwendungsersatzanspruch

315) Siehe oben, S. 52 der Arbeit.

316) Siehe oben, S. 83 der Arbeit.

317) Motive I, S. 153.

318) Die beiden Komponenten des Minderjährigenschutzes, nämlich Schutz vor einer Selbstverpflichtung und vor einer Preisgabe seiner Rechte, finden sich bereits in älteren Rechten; Preuß. Ges. v. 12. Juli 1875 in § 3; Österr. GB, §§ 244, 310, 385; sächs. GB, §§ 787, 1911; Schweiz. OR, Art. 30, 32, 33.

319) Die Geschäftsführung ohne Auftrag - gleich ob rechtmäßig oder rechtswidrig - hat, wie bereits oben betont, keinen deliktischen Charakter; daher können vorliegend nur die Grundsätze über die nichtdeliktische Handlungsfähigkeit und somit auch der Gedanke des Minderjährigenschutzes von Bedeutung sein.

320) Luther, Ehemündigkeit, S. 16.

des Geschäftsführers beruht auf Auslagen oder Aufopferungen, die er beim Durchführen der Geschäftsführung ohne Auftrag für den Geschäftsherrn gemacht hat. Daraus ist ein Schaden und folglich eine Minderung seiner Rechtsposition entstanden. Vor einer solchen Beeinträchtigung seiner Rechtsposition soll ein Minderjähriger geschützt werden; ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters soll er seine Rechtsposition nicht beeinträchtigen. Hat er aber gleichwohl seine Rechte geschmälert, so muß er einen Ausgleich für die erlittene Rechtseinbuße erlangen. Dies ist bei der Geschäftsführung der Aufwendungsersatzanspruch. Da somit der vom Geschäftsherrn geschuldete Aufwendungsersatz dem Ausgleich der Rechtseinbuße des Geschäftsführers dient, würde ein Verzicht des Minderjährigen auf den Aufwendungsersatz die Verfestigung seiner nachteiligen Rechts- und Vermögensstellung bedeuten. Die Abwehr derartiger Gefahren ist aber Aufgabe des Minderjährigenschutzes.

Ergebnis

Der minderjährige Geschäftsführer kann nicht ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters auf den Aufwendungsersatzanspruch verzichten.

Lebenslauf

Ich, Peter Röing, genannt Nölke, wurde am 28. Oktober 1943 in Olfen / Westfalen als Sohn des Kaufmanns Ferdinand Röing genannt Nölke und seiner Ehefrau Maria geb. Wember geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nach vierjährigem Besuch der Katholischen Volksschule zu Olfen besuchte ich neun Jahre das städtische neu-sprachliche Gymnasium für Jungen in Datteln, wo ich am 26. Februar 1963 meine Reifeprüfung bestand.

Sodann studierte ich 7 Semester Rechts- und Staatswissenschaft an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. Am 15. Juli 1967 habe ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm die erste juristische Staatsprüfung abgelegt.

Zur Zeit befinde ich mich in der Referendarausbildung.

Münster, Februar 1969

